

Organizador

Márcio Iorio Aranha

DIREITO DAS TELECOMUNICAÇÕES

**Estrutura institucional regulatória e
infra-estrutura das telecomunicações
no Brasil**

Autores

Gabriel Boavista Laender

Gierck Guimarães Medeiros

Jaqueline Mainel Rocha de Macedo

Juliana Rezio

Márcio Iorio Aranha

© 2005. GETEL/Faculdade de Direito/UnB

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.

Série Grupos de Pesquisa Nº. 2, Vol. 1

Tiragem: 1.000 exemplares

Distribuição e informações:

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

GRUPO DE DIREITO SETORIAL

GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO DAS TELECOMUNICAÇÕES

CAMPUS UNIVERSITÁRIO DARCY RIBEIRO – ASA NORTE

CEP70919-970 – CAIXA POSTAL 04413

TEL.: (61) 307-2349/307-2347 FAX: (61) 273-3532

Organizador:

Prof. Márcio Iorio Aranha (Faculdade de Direito da UnB)

Autores:

Gabriel Boavista Laender

Gierck Guimarães Medeiros

Jaqueline Mainel Rocha de Macedo

Juliana Rezio

Márcio Iorio Aranha

Impresso no Brasil / *Printed in Brazil*

Direito das Telecomunicações: Estrutura Institucional
regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil
/ Org. Márcio Iorio Aranha, - Brasília : GETEL , 2005.

250p.:il

ISBN 85-99485-01-6

I. Direito 2. Telecomunicação 3. Normas 4. Infra-estrutura 5.
Origem II. Título

Universidade de Brasília - Reitor: Prof. Lauro Morhy

Faculdade de Direito da UnB - Diretor: Prof. Marcus Faro de Castro

Grupo de Direito Setorial da Faculdade de Direito da UnB -

Coordenador: Prof. Márcio Iório Aranha

Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da Faculdade de Direito da UnB - Coordenador: Prof. Márcio Iório Aranha

Membros Integrantes do GETEL:

Artur Coimbra de Oliveira
Daniela Figueiredo Oliveira França
Gabriel Boavista Laender
Gierck Guimarães Medeiros
Jaqueline Mainel Rocha de Macedo
Juliana Oliveira Rezio
Lauana Batista Tavares
Raphael Marcelino de Almeida Nunes
Renato Soares Peres Ferreira
Renato Bigliuzzi
Rosa Maria Pinto Amaral

Membros Colaboradores do GETEL:

ARGENTINA - Juvina Intelângelo
BRASIL - Luciano Costa, Rodrigo de Oliveira Fernandes, Marana Costa Beber Stefanelo, Tatiana Taschetto Porto, Douglas Henrique Marin dos Santos, Renato Azevedo de Sousa, Eng^o. Caio Felipe, Eng^o. Carlos Roberto P. Lorenzatto
BOLÍVIA - Diego Böhrt, Ivan Caballero, Mauricio La Fuente
CABO VERDE - Ana Cristina Lima
CHILE - Maria Ignacia Parada
COLOMBIA - Camilo Valencia, Iliá Marina, Guilherme Alberto, Lina Maria Del Vecchio
COSTA RICA - Roberto Toribio
CUBA - José Besil Necuze
ECUADOR - Maria Luisa Perugachi
EL SALVADOR - Carlos Eduardo Valle, Fernando Téllez
GUATEMALA - Juan Pablo González
GUINÉ-BISSAU - Nelson de Barros
GUINEA ECUATORIAL - Emilio-Mangue Maye Malabo
HONDURAS - Eduardo Gandour Láinez, Manuel Alvarado, Rigoberto Torres Zelaya
MÉXICO - Rodrigo Guzmán
MOÇAMBIQUE - Flávio Buque, Francisco Eduardo Chate, José Sumbana, Júlio Buque, Lúcio José Avelino, Virgílio Varela
NICARAGUA - Marisol Scarleth
PANAMÁ - Alkin Bernal, Fidel Navarro
PARAGUAY - Miguel Acosta
PERÚ - Fátima Ponce Regalado, Janeth Madelene, Maria Arellano, Maria Rosario Schrader
REPÚBLICA DOMINICANA - Fausto Hernandez
SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE - Cecilio Sacramento, Constancio Quintas
TIMOR LESTE - José Fernandes Leite, Jualino Rosario
URUGUAY - Graciela Coronel Grillo, Margarida Krause

Agradecimentos Especiais aqueles, que, independentemente de suas atribuições funcionais, viram na formação de cultura jurídica em telecomunicações um esforço imprescindível para o desenvolvimento nacional: José Leite Pereira Filho, José Geraldo de Sousa Junior, Luiz Tito Cerasoli, Murilo César Ramos, demais coordenadores, professores e pesquisadores do Grupo Interdisciplinar de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da UnB, alunos dos cursos de especialização e de extensão em regulação de telecomunicações da UnB e ao apoio logístico do Núcleo de Multimídia e Internet da UnB sob direção de Luis Fernando Ramos Molinaro.

Grupo Interdisciplinar de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações - Coordenador: *Murilo César Ramos*

Agência Nacional de Telecomunicações - Presidente: *Eliás Chaves Gurgel do Amaral*

Conselho Diretor - Conselheiros: *José Leite Pereira Filho, Luiz Alberto da Silva, Pedro Jaime Ziller de Araújo, Plínio Aguiar Júnior*

Gerência-Geral de Talentos e Desenvolvimento Organizacional - Gerente-Geral: *Maria Pedrinha Barros*

União Internacional de Telecomunicações - Secretário-Geral: *Yoshio Utsumi*

Escritório Regional da UIT para as Américas - Chefe: *Juan Zavattiero*

Administrador Regional da UIT para as Américas: *João Cordeiro*

Oficial de Projetos do Escritório Regional da UIT para as Américas: *Vera Zanetti*

APRESENTAÇÃO 9**AGÊNCIA REGULADORA E ESPAÇO PÚBLICO:
SUA FUNCIONALIDADE COMO ESPAÇO DE EXERCÍCIO
DA VIRTUDE POLÍTICA**

<i>Márcio Iorio Aranha</i>	13
Introdução	13
Corporação e Cooptação no Corporativismo	14
Corporativismo Totalizante e Representação Democrática	18
Instâncias de Espaço Público	20
Agência Reguladora como Alternativa Institucional ao Modelo Representativo Clássico	22
Conclusão	23
Bibliografia	28

ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

<i>Gierck Guimarães Medeiros</i>	29
1. Introdução	29
2. As Agências Reguladoras	31
2.1. Autonomia: questões conceituais	31
2.2. Traços definidores das Agências Reguladoras	42
3. Conselhos da primeira metade do século XX	50
3.1. Conselho Nacional do Café e o Departamento Nacional do Café ...	50
3.2. Instituto do Açúcar e do Alcool	53
3.3. Conselho Nacional de Telecomunicações - CONTEL	55
4. A Estabilidade dos Dirigentes das Autarquias Federais na visão do Judiciário	60
4.1. Argumentos a favor da exoneração	61
4.1.1. Poder de exonerar implícito ao poder de nomear	61
4.1.2. A redação do inciso V do art. 87 da CF/1946	62
4.1.3. O fato de se tratar de cargo de confiança	65
4.2. Argumentos contra a exoneração	67

5. Conclusão	70
6. Bibliografia	78

O PODER NORMATIVO DO EXECUTIVO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

<i>Juliana Rezio</i>	81
1. Introdução	81
2. Panorama Histórico da Separação dos Poderes	83
2.1 Antecedentes históricos e sociais	83
2.2 A interpretação dos maiores expoentes da doutrina.....	84
2.3 O problema da divisão dos “Poderes”	89
2.4 Garantia de um Estado Democrático de Direito	90
2.5 O princípio da Separação dos Poderes no contexto do Estado Contemporâneo	95
3. As Atribuições das Entidades Reguladoras e o Princípio da Separação dos Poderes	99
3.1 Descentralização da atividade normativa	99
3.2 O Executivo e o Poder Regulamentar: atividade normativa secundária	102
3.3 A função Executiva e a atividade delegada na Administração	107
3.4 O Poder Normativo das Agências Reguladoras	109
3.4.1 Natureza jurídica do poder normativo do Executivo	109
3.4.2 O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face da indelegabilidade da função legislativa	111
3.4.3 Deslegalização e Reserva de Norma	114
4. Conclusão	116
5. Bibliografia	118

DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E FUNÇÃO NORMATIVA EM SETORES REGULADOS, E SUA IDENTIFICAÇÃO NA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES

<i>Jaqueline Mainel Rocha de Macedo</i>	121
I – Introdução	121
II – Análise do Tema	123
1. Discricionariedade técnica e suas fontes geradoras	123

1.1. Noção de regulação e discricionariedade técnica em setores regulados	123
1.2. Discricionariedade	125
1.3. Discricionariedade técnica	138
1.4. Fontes geradoras da discricionariedade: margem de escolha e conceitos indeterminados	141
2. Função normativa das agências reguladoras, compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e natureza	148
2.1. Função normativa e o texto constitucional	148
2.2. Norma jurídica e função normativa conjuntural do Executivo	152
2.3. Fundamentos da função normativa das agências reguladoras	154
2.4. Principais agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro e sua função normativa	158
3. Discricionariedade técnica e função normativa na atuação da ANATEL	163
3.1. Forma de exercício da competência normativa pela ANATEL	163
3.2. Vínculo específico com a Administração na prestação de serviços de telecomunicações	167
3.3. Meio de atribuição de competência técnico-discricional à ANATEL: standards normativos e conceitos indeterminados presentes na LGT	176
III – Conclusão	184
IV – Bibliografia	186

O REGIME JURÍDICO DAS REDES DE TELECOMUNICAÇÃO E OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO

<i>Gabriel Boavista Laender</i>	191
1. Introdução	191
2. Conceito de telecomunicação	195
3. As redes de telecomunicação	205
4. Os serviços de telecomunicação	214
5. Regime jurídico das redes e dos serviços de telecomunicação	229
6. Conclusão	244
7. Bibliografia	246

APRESENTAÇÃO

Um dos temas de maior relevância no debate teórico e no conhecimento do Direito hoje é o de re-significação do conceito de regulação jurídica.

Tendo como enfoque a necessidade de ampliação desse conceito, o importante Grupo de Pesquisa do Departamento de Ciências Jurídicas, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, adotou, para a orientação de seus estudos, o conceito de G. Ganguilhem, para quem “*a regulação traduz um implemento de ordens independentes, proporcionado por regras, mecanismos ou instituições*” (Direito, Estado e Sociedade, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Ciências Jurídicas, nº 3, agosto/dezembro, 1993).

Coletando as várias situações objeto de pesquisa do Grupo, resumidas nos relatórios que integram o volume referido de *Direito, Estado e Sociedade*, várias direções de estudos e pesquisas podem ser delineadas, no âmbito sócio-jurídico: a) o Estado atua como agente regulador, conduzindo os processos de ajustamento, caracterizando situações nas quais se incluem trabalhos relativos aos Conselhos estatais, de cuja composição participam representantes da sociedade civil (órgãos de defesa do consumidor, conselhos de recursos administrativos, fiscais etc); b) a sociedade civil busca introduzir modificações no Estado (Conselhos Populares, práticas oficiosas e de agências informais de resolução de conflitos); c) o Estado não está presente; d) manifestações do pluralismo jurídico.

Em comum, nessas direções, a busca de estabelecimento do que, em outro momento (XIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Belo Horizonte, Anais, 1990), o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, indicou como “*outros modos de compreender as regras de Direito*”, apelando para “*novos paradigmas, novos saberes, novos direitos*”.

O eixo de análise do publicista de Coimbra é, certamente, o do Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. Mas, a base empírica comum de sua reflexão, apropriável ao debate sobre o tema da regulação jurídica, é a constatação do fenômeno do *“refluxo político e do refluxo jurídico”*. *“Assiste-se – diz Canotilho – ao refluxo da política formal (do Estado, dos parlamentos, dos governos, das burocracias, das informações sociais regidificadas) e ao refluxo jurídico (deslocação da produção normativa do centro para a periferia, da lei para o contrato, do Estado para a Sociedade)”*.

Em parte, é isso que se constata nos estudos atuais sobre o fenômeno da regulação, que têm mobilizado um formidável acervo de sugestões re-institucionalizadoras e importantes experimentações (cf. Pereira, L. C. Bresser; Wilhelm, Jorge e Sola, Lourdes, orgs. *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: Editora Unesp; Brasília: ENAP, 1999).

De igual modo, este tem sido o centro do debate em torno à questão das *agências reguladoras* e a preocupação, ponto de partida deste livro, dirigida ao *aprofundamento de seus aspectos estruturais e de seu conceito*.

Com efeito, o presente livro *Direito das Telecomunicações: Estrutura institucional regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil*, organizado pelo Professor Márcio Iorio Aranha, é resultado forte dessa preocupação.

O organizador e seus colaboradores, integram, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, o Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações que serviu para sustentar a equipe de intervenção que permitiu, no final dos anos 1990 a instalação na UnB de um consórcio interdisciplinar, integrado por professores e pesquisadores da Faculdade de Direito, da Faculdade de Comunicação, do Departamento de Economia e do Departamento de Engenharia Elétrica, para desenvolver estudos e pesquisas no âmbito da regulação em telecomunicações.

Com o apoio da ANATEL, os primeiros esforços desse consórcio levaram à institucionalização de um curso de especialização em

regulação de telecomunicações, com pelo menos cinco edições e que tem sido responsável pela acumulação de notável acervo de estudos e reflexões e do mais consistente banco de monografias nessa área, atualmente disponível.

Esse esforço consorciado hoje, incrementado por novas agendas de pesquisas e programas de cooperação, inclusive com forte intercâmbio internacional, criou condições para a estruturação do Grupo de Pesquisa que produziu o presente trabalho.

Tal o sentido do livro. Ele se apresenta, como salienta o Professor Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, pioneiro nesse esforço e o primeiro formulador, na Faculdade de Direito da UnB, do estatuto epistemológico dessas novas abordagens, como um *“produto autêntico da universidade pública”*. E ele cumpre, adequadamente, nos temas e estudos que o organizam, o seu compromisso principal: o de materializar novas contribuições e proporcionar ambiente para estudos avançados, de fronteira, paradigmáticos.

José Geraldo de Sousa Junior

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

AGÊNCIA REGULADORA E ESPAÇO PÚBLICO: SUA FUNCIONALIDADE COMO ESPAÇO DE EXÉRCÍCIO DA VIRTUDE POLÍTICA

Márcio Iorio Aranha¹

Introdução: Corporação e cooptação no corporativismo.
Corporativismo totalizante e representação democrática.
Instâncias de espaço público. Agências reguladoras como
alternativa institucional ao modelo representativo clássico.
Conclusão. Bibliografia.

Introdução

A preocupação que norteia este estudo de abertura está dirigida ao aprofundamento dos aspectos estruturais do conceito de agência reguladora. Busca-se, assim, fixar o caráter das instituições estatais reguladoras com pretensão a servirem de espaços públicos de mediação das questões setoriais telecomunicacionais mediante o esboço histórico dos conceitos de corporativismo e corporação e sua identificação, na primeira metade do século XX, com a democracia representativa.

Neste estudo, procura-se firmar a posição de instituições estatais responsáveis pela mediação da discussão pública setorial – no Brasil, as agências reguladoras – em face do conceito de espaço público, por intermédio da noção de corporativismo e corporação, reconhecendo-se, assim, a distinção fundamental entre instituições mediadoras da existência política como seu fim último e instituições mediadoras da existência política como meio de alcance do bem-estar dos seus

¹ Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade de Direito da UnB, coordenador do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações – Getel/UnB e Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UnB.

membros. As primeiras, dentre as quais se insere a agência reguladora de telecomunicações brasileira, são norteadas por um projeto emancipatório dos interesses corporativos, enquanto, as últimas, entendidas aqui como corporações, representam um momento desta emancipação política, mas ainda separadas do momento político nacional como *interesses particulares de coletividades* inseridas na sociedade civil.²

Mediante a constatação de que as corporações, com seu caráter de unificação de seus associados a um fim comum, aproximam-se das instâncias políticas estatais por sua característica de nivelamento dos partícipes como membros da instituição, mas se afasta delas por seu fim último de condensação de interesses particulares exclusivos de grupos funcionalmente bem delimitados, a noção de corporação e corporativismo serve como meio de elucidação do que há de essencial no conceito de espaço público a caracterizar instituições estatais que se candidatem a servir como espaço de discussão política focada em setores, como o de telecomunicações.

Corporação e Cooptação no Corporativismo

A pretensão de situar o corporativismo, no contexto deste estudo, vem delimitada pela convicção de que não se trata de *uma* ideologia experimentada em determinado momento histórico, ou mesmo, em um único território, mas, de um extrato de ideologias lapidadas nas distintas realidades sociais nacionais exaltadas e, até certo ponto, restauradas no final do século XIX e na primeira metade do século XX³, pautadas em princípios comuns que remontam a uma noção de corporação.

² "Os interesses particulares das coletividades que fazem parte da sociedade civil e se encontram situadas fora do universal em si e para si do Estado são administrados nas corporações" (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p. 243).

³ Afirmando o período citado como o pertinente ao ciclo histórico do corporativismo, vide: PAIM, Antônio. *Pensamento e ação corporativa no Brasil*. p. 121. In: SOUZA, Francisco Martins de. *Raízes teóricas do corporativismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 119-174.

Costuma-se representar o corporativismo a partir de sua orientação teleológica no ideal de superação do conflito por intermédio da “eliminação da concorrência no plano econômico, [da] luta de classes no plano social e [das] diferenças ideológicas no plano político”⁴, mas o corporativismo não se resume a esta orientação, transparecendo também elementos conceituais que foram, a partir de sua cogitação, agregados ao pensamento ocidental, dentre eles, a noção de corporação e sua posição institucional nacional.

Como ponto de partida para identificação da idéia de corporação, tem-se o caráter societário de agrupamentos de homens unidos por um *laço funcional comum* capaz de desenhar em suas mentes o *compartilhamento de destinos*, “uma *solidariedade orgânica* entre os homens, produzindo uma crescente *integração dos círculos sociais*”⁵ e, portanto, uma consciência de *unidade*, de conjunto, e do conseqüente desejo de alcance do reconhecimento pelos seus pares de seus méritos e de sua devoção à causa comum da instituição que somente se apresenta como tal por intermédio da presença de seus membros.⁶

A corporação, por princípio, tem vocação clara, pois decorre da reunião de pessoas ou entidades com similitude funcional que se

⁴ PAIM, Antônio. Pensamento e ação corporativa no Brasil. p. 121. In: SOUZA, Francisco Martins de. Raízes teóricas do corporativismo brasileiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 119-174.

⁵ REALE, Miguel. Corporativismo e unidade nacional. p. 240. In: _____. Obras políticas: 1ª fase – 1931-1937. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 235-242 (Cadernos da UnB).

⁶ Afirmando que as sociedades de artesãos e de operários são úteis à conscientização dos seus membros sobre seu lugar social, vide: PECCI, Giocchino [Papa Leão XIII]. *Literae encyclicae: quod apostolici muneris*. Santa Sé: s/e, 1878, § 15. Obtido na página eletrônica oficial do Vaticano em 15 de fevereiro de 2004. On-line: [http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_28121878_quod-apostolici-muneris_it.html]. “Infine, siccome i seguaci del Socialismo principalmente vengono cercati fra gli artigiani e gli operai, i quali, avendo per avventura preso in uggia il lavoro, si lasciano assai facilmente pigliare all’esca delle promesse di ricchezze e di beni, così torna opportuno di favorire le società artigiane ed operaie che, poste sotto la tutela della Religione, avvezzano tutti i loro soci a considerarsi contenti della loro sorte, a sopportare la fatica e a condurre sempre una vita quieta e tranquilla”. Tradução livre: “Por último, desde que os seguidores do socialismo são recrutados principalmente entre os artesãos e os operários, os quais, estando talvez presos ao enfado do trabalho, são facilmente atraídos por morder a isca da promessa de riquezas e de bens, assim torna-se oportuno favorecer as sociedades artesanais e operárias que, postas sob a tutela da religião, acostumam todos os seus sócios a se considerarem contentes com a sua sorte, a suportarem a fadiga e a levarem uma vida sempre quieta e tranqüila”.

identificam por necessidades comuns; daí ser função da corporação protegê-los contra acidentes particulares por um lado, e de desenvolver neles as aptidões para dela fazerem parte.⁷ Ela, no entanto, revela uma imanência *próxima* à de instituições que transparecem *conjugação entre unidade e particularidade*⁸: ela reconhece seus membros como tais, independentemente de outra demonstração exterior que não o fato de deterem a *qualidade* de vínculo funcional comum; de orientar sua conduta para fins comuns desta totalidade; de ocupar, enfim, um *lugar social*.⁹ Por isso, em Hegel, a corporação, ao lado da família, “constitui a segunda raiz moral do Estado, que está implantada na sociedade civil”¹⁰.

Também se apresenta como espaço regrado concentrador dos recursos necessários a *prover as contingências de seus membros*, assim como *amenizador* dos interesses individuais em *fórmulas com pretensão de universalidade*, que, em seu sentido de conjunto, tornam possível a

⁷ "Esta função [de representar concretamente o universal imanente à corporação] atribui à corporação o direito de gerir os seus interesses sob a vigilância dos poderes públicos, admitir membros em virtude da qualidade objetiva da opinião e probidade que têm e no número determinado pela situação geral, encarregando-se de proteger os seus membros, por um lado, contra os acidentes particulares e, por outro lado, na formação das aptidões para fazerem parte dela. Numa palavra, a corporação é para eles uma segunda família, missão que é indefinida para a sociedade civil em geral, mais afastada como esta está dos indivíduos e das exigências particulares" (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p. 202).

⁸ O espírito corporativo significa "a associação do particular ao universal" (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p. 243).

⁹ "Na corporação, não só encontra a família um terreno firme, pois a capacidade que lhe assegura a subsistência é uma riqueza estável (...), como ainda lhe são reconhecidas tal subsistência e tal riqueza, isto é: o membro de uma corporação não precisa procurar estabelecer, em outras demonstrações exteriores, o valor dos seus recursos e do seu sucesso. É reconhecido, ao mesmo tempo, que ele pertence ao todo, que é ele mesmo um membro da sociedade em geral e que o seu interesse e esforço se orientam para fins não egoístas desta totalidade. A sua honra está, portanto, no seu lugar social." (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p. 202).

¹⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p. 203.

convivência com grupos caracterizados por finalidades opostas.¹¹ Enfim, afigura-se como instituição que reflete a identidade de grupos unidos por fins funcionais comuns e que, mediante tal diferenciação e formação de nichos, serve a fins de isolamento para viabilização da convivência com o Outro, mesmo que isso signifique a defesa de interesses contrários aos dos seus próprios membros.

Exatamente neste ponto a corporação revela seu caráter derradeiro: a cooptação. Não há cooptação onde apenas se acena com a proteção dos interesses inerentes ao associado, pois este já abraça tais interesses como seus. A cooptação ocorre quando o associado, a despeito de ver apenas parte de seus interesses diretamente refletidos na corporação, assimila os demais interesses que ela desenvolveu enquanto instituição, tomando partido da causa corporativa como causa particular. A cooptação, então, se desenvolve mediante uma força institucional, que impõe um rol de pressupostos às causas particulares de seus membros, o que explica a existência de posicionamentos da corporação prejudiciais aos interesses imediatos de seus membros, mas partilhados como causa comum. Esta causa deixa de defluir da reunião das causas particulares e passa a decorrer da vivência institucional da própria corporação; novos interesses são criados em nome do reconhecimento estatal da corporação. Assim, como um agregado necessário ao conceito de corporação, além das idéias de laço funcional comum de seus membros, de apoio às contingências, de conjugação entre unidade e particularidade, o caráter cooptativo apresenta-se como uma noção corretiva do norte corporativo rumo não só à potencialização dos interesses de seus membros, mas à construção do interesse da própria instituição.

¹¹ Reconhecendo a corporação como espécie de associação civil caracterizada pelo apoio a seus membros e pela viabilização da convivência de grupos com interesses opostos, vide: PECCI, Giocchino [Papa Leão XIII]. *Litterae encyclicae: rerum novarum*. Santa Sé: s/e, 1891, § 36. Obtido na página eletrônica oficial do Vaticano em 15 de fevereiro de 2004. On-line: [http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_it.html]. “Finalmente, a dirimere la questione operaia possono contribuire molto i capitalisti e gli operai medesimi con istituzioni ordinate a porgere opportuni soccorsi ai bisognosi e ad avvicinare e udire le due classi tra loro.” Tradução livre: “Finalmente, para solução da questão operária, muito poderão contribuir os capitalistas e os próprios operários com instituições destinadas a oferecer oportuno socorro aos necessitados e a aproximar e unir as duas classes entre si.”

Este é um elemento de claro afastamento entre os conceitos de corporação e de espaço público. Na corporação, a construção do interesse da própria instituição vai além de sua vocação de servir de meio à reunião de seus membros. Ela incorpora a generalização dos interesses de seus membros e projeta esta universalidade como uma *particularidade* no meio estatal. Já as instituições inclinadas à noção de espaço público perderiam seu objeto se se rendessem à construção de interesses próprios que não o de manutenção do espaço público de negociação. Outra distinção entre os conceitos de corporação e de espaço público advém da presença, na corporação, de uma igual consideração dos seus membros enquanto atores funcionais. Por outro lado, nas instituições de representação e participação políticas, denominam-se como membros todos com capacidade política reconhecida, estejam ou não desempenhando função específica; sua única função é a de fazer parte. Por meio destas distinções, pode-se evidenciar com maior clareza o evento histórico totalizante da primeira metade do século XX.

Corporativismo Totalizante e Representação Democrática

Compreender o ambiente político, como ambiente comum, significa lidar com a possibilidade de se estabelecerem espaços de tolerância da diversidade ou, por outro lado, de eliminação da diferença. Desta última opção, aproximou-se o ideal corporativo, na primeira metade do século XX, pela proposição de substituição do sistema representativo de partidos políticos por um sistema representativo de corporações¹². A migração proposta a partir do corporativismo católico¹³ pautado na doutrina dos *corpos naturais* e da

¹² "Quer haja uma ou duas câmaras corporativas, os membros do Parlamento não poderiam ser, como já o demonstramos, senão os representantes das corporações" (MANOILESCO, Mihail. O século do corporativismo: doutrina do corporativismo integral e puro. Trad. Antônio José Azevedo Amaral. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1938, p. 252).

¹³ Sobre a doutrina dos corpos naturais: "os católicos procuram fixar certas distinções [do corporativismo fascista]: seu modelo passa a ser o da chamada democracia orgânica que pretende seja mantida a democracia mas não com base nos partidos políticos. O ponto de apoio dessa democracia são os chamados 'corpos naturais'. Entre estes, as corporações continuam desfrutando um lugar de peso, mas compreende e admite outras formas de organização profissional e repousa ainda nas famílias." (PAIM, Antônio. Pensamento e ação corporativa no Brasil. p. 123. In: SOUZA, Francisco Martins de. Raízes teóricas do corporativismo brasileiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 119-174).

democracia orgânica para o *corporativismo fascista*, em que “o cidadão dá lugar ao produtor”¹⁴, expressa-se em sua doutrina totalizante, ao pretender resumir a totalidade da vida política e social a interesses criados por relações funcionais institucionalizadas nas corporações. Quando se passa a entender as corporações como a *única base legítima do poder político*, já se está imerso no ideal totalizante daquilo a que Manoïlesco chamou *corporativismo puro*¹⁵ e que faria do Parlamento, para Mussolini, “uma coisa um pouco mais séria”¹⁶.

Enfim, aquilo que o conceito de *corporativismo* carrega que ultrapassa a condição de composição do corpo social mediante unidades de interesses e passa a se infiltrar no aspecto representativo,

¹⁴ BARTHÉLEMY, Joseph. La crise de la démocratie représentative. Paris: Marcel Giard, 1928, p. 23.

¹⁵ Segundo Mihail Manoïlesco: “o fascismo, na sua fase pós-revolucionária, tornou-se positivo e realizou uma obra construtiva de valor universal, que foi a organização corporatista. Esse corporativismo é essencialmente caracterizado por traços fascistas e adapta-se às condições políticas do fascismo e às exigências da vida italiana [§] Daí redonda a necessidade de elaborar uma doutrina autônoma, se quisermos destacar do fascismo italiano o que ele encerra de universal” (p.XV). Mas, para Manoïlesco, o universal do fascismo – o corporativismo – exprime algo totalitário: “o ponto fundamental da doutrina [é] a integração orgânica de todas as forças nacionais” (p.XVI). A idéia totalitária é resumida, enfim, no que o autor chama de corporativismo puro: “o corporativismo é puro por julgar que as corporações econômicas e não-econômicas constituem a base e a única legítima, sobre a qual se devem estabelecer o poder político e a suprema autoridade legislativa [§] De acordo com o conceito do verdadeiro corporativismo, as corporações não promanam de qualquer autoridade estranha a elas, mas são a única fonte donde procede todo o poder do Estado” (p.XVIII). A “verdadeira solução e a única possível é o corporativismo puro, isto é, o sistema político em que a fone do poder legislativo supremo é constituído pelas corporações” (p.116). Esta postura totalitária é mitigada, de forma hesitante, no decorrer da obra: “Na base da idéia corporativista, pusemos o princípio funcional. Destinam-se as corporações a constituir o fundamento da organização social e bem assim a do Estado, para que elas exercitem um papel funcional excedente em importância ao de outra forma de integração social e política” (p.93). In: MANOÏLESCO, Mihail. O século do corporativismo: doutrina do corporativismo integral e puro. Trad. Antônio José Azevedo Amaral. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1938 – grifos nossos. Partindo-se, portanto, da visão de que o corporativismo puro é a manifestação do que o fascismo encerra de universal, exime-se, este estudo da diferenciação entre fascismo e corporativismo nos campos de atenção de Stepan: o político e o ideológico. Cf. STEPAN, Alfred. Estado, corporativismo e autoritarismo. Trad. Mariana Leão Teixeira Viriato de Medeiros. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 73-77 (Coleção Estudos Latino-Americanos, vol.17).

¹⁶ MUSSOLINI, Benito. La riforma elettorale. p. 199. In: HOEPLI, Ulrico (org.). Scritti e discorsi di Benito Mussolini: L'inizio della nuova política. Vol. III, 28 ottobre 1922 – 31 dicembre 1923, p. 187-203. O fascismo “vuole fare del Parlamento una cosa un po' più seria, se non solenne, vuole, se fosse possibile, colmare quell'*hiatus* che esiste innegabilmente fra Parlamento e Paese”.

fazendo com que se veja a sociedade como um simples agregado de corporações, é produto da inclinação ideológica fascista da primeira metade do século XX.

O que parece essencial na distinção entre um modelo parlamentar corporativista de existência política e um modelo parlamentar partidário-representativo de existência política é de que, no primeiro, “o indivíduo não tem um valor meramente quantitativo (...) que o iguala a todas as outras unidades humanas. Possui uma significação qualitativa que lhe confere valor político proporcional à função que exerce na sociedade”¹⁷. Quando o sistema representativo, tal como o *corporativismo puro*, passa a exprimir a pretensão de esgotar em si a existência política, assume um viés totalitário, o que explica a facilidade de transposição do modelo representativo tradicional para o de democracia orgânica do corporativismo totalizante, mediante a substituição dos partidos políticos por uma representação corporativa. Embora com menor grau totalitário, a representação partidária, como ideologia que exclui outras formas de manifestação da existência política no Estado, não deixa de ter conteúdo totalizante.

Eis um ponto central de preocupação para o presente estudo: a presença de instâncias outras de existência política além da parlamentar segue um viés anti-totalitário. Ao se possibilitar o exercício da virtude política mediante instâncias setoriais de congregação de interesses, preserva-se a liberdade política de fazer parte de determinada temática social, e permite-se a formação de uma comunidade política mediante reconhecimento dos pares por seu interesse comum de discussão tematizada.

Instâncias de Espaço Público

Verificada a origem ideológica da proposição de assimilação, na esfera representativa, das corporações, mas, mais do que isso, da proposição de identificação entre os habilitados a figurarem no espaço

¹⁷ MANOÏLESCO, Mihail. O século do corporativismo: doutrina do corporativismo integral e puro. Trad. Antônio José Azevedo Amaral. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1938, p. XVI.

público e as instituições corporativas, pode-se dar um passo adiante na medida em que o pressuposto de rechaço à ideologia fascista firma o norte de análise das instituições que se candidatam a funcionarem como espaços públicos alternativos ao parlamento, como é o caso das agências reguladoras. A noção de corporação, pautada que é, dentre muitas, pela idéia de proteção dos interesses dos seus membros, não se coaduna com a de espaço público, justamente porque este último está predestinado a ser um espaço de *suspensão das particularidades* em nome da igual consideração de todas as partes. O espaço público serve como meio de contato entre as corporações, ou seja, entre interesses precisamente focados, mas não serve somente a este fim. Ele também se apresenta como o local de encontro de interesses ainda em processo de definição. Esse espaço somente não pode prescindir da inclinação dos indivíduos em integrá-lo; da abdicação da condição particular de cada qual em nome de uma condição de *parte do todo*.

Por isso, a concepção hegeliana do Estado como instância ética, como meio de manifestação do que “deve ser assegurado de modo universal”¹⁸, dá o tom do espaço político no universal que este detém: não se confundir com o interesse particular, que não seja o interesse de se integrar no todo.

Existem *esferas de universal* a que o indivíduo é livre para se vincular. O Estado é apenas uma delas. Ele não esgota o sentido da *existência política*. Seguindo-se a linha de raciocínio de Hegel¹⁹, a existência política adquiriria sua mais perfeita manifestação no Estado, mas não seria ele o único caminho de elevação do particular ao universal. O indivíduo seria livre para decidir que esfera de universal deveria tomar seus esforços. Não seria, portanto, a *participação* no

¹⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p. 198.

¹⁹ O trecho a seguir é esclarecedor: “Na sua esfera corporativa, municipal etc. atinge ele [o indivíduo] a sua real e viva vocação para o universal (§ 251). É livre, no entanto, pelas suas aptidões e sua capacidade, para introduzir-se em qualquer das ordens (incluindo a classe universal). [§] Naquela opinião de que todos devem participar nos assuntos do Estado, também se supõe que todos têm deles alguma sabedoria, o que não deixa de ser insensato, embora seja dito muitas vezes. Na opinião pública (§316), todavia, pode cada qual encontrar os meios de se exprimir e de fazer valer a opinião subjetiva que do universal possui.” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p. 255).

Estado, ou mesmo, a *representação democrática* as únicas vias de exercício da virtude política. A virtude seria projetada em direção a um conceito mais geral: o de espaço público, esteja ele desenhado como poder estatal geral (representação democrática), como poder estatal especial (órgãos estatais de funções específicas), como poder institucional difuso (opinião pública), como poder institucionalizado (participação democrática) ou mesmo, dentro de limites ainda mais estreitos, como instituições aglutinadoras de universos menores dentro do Estado, como é o caso das corporações.

Agência Reguladora como Alternativa Institucional ao Modelo Representativo Clássico

Enfim, há instâncias de espaço público além da esfera representativa. Ela é apenas um método de mediação de interesses em grau de generalização elevado e, portanto, inclinada à politização de questões fundamentais. Dizer que se presta a hospedar questões específicas significa ordenar-se o vício de limitação procedimental das decisões como fatalidade. O espaço público é um espaço construído diuturnamente e depende de quem se habilite a criá-lo. A delimitação temática induz à seleção do público interessado e viabiliza a especialização da virtude política enquanto esta encarnar uma opção; uma opção sobre com *o que* se preocupar já que ela é, em si, um compromisso de preocupar-se com o todo de que se faz parte.

A proximidade entre as instituições estatais vocacionadas a setores de atividades específicas – as agências reguladoras, por exemplo – e as corporações pertinentes a cada setor não retira das primeiras a condição de espaços públicos. Tais instituições não se confundem com as corporações exatamente porque estão impregnadas de função pública de espaço de mediação dos interesses corporativos que nela se manifestam. Rendem homenagem aos seus fins institucionais enquanto enxergam as corporações não como tais, mas como partes do processo de formação da decisão política.

Nesta linha de raciocínio, o ideal de Estado-Mínimo somente é

aplicado às atividades que não detêm o caráter de elevação das particularidades ao universal, pois às que detêm – e nestas estão as atividades reguladoras setoriais, de administração prestacional e ordenadora – aplica-se o raciocínio inverso: aquilo que interessa a todos somente pode representar-se sem manipulações de particularidades preconcebidas como prevaletentes, se inserido em uma instituição que interesse a todos por representar a própria convivência social, e, em sentido imanente, a unidade entre o universal e o particular. Daí partir-se, neste estudo, do pressuposto de que a esfera própria de manifestação da discussão política setorial seja uma instituição reconhecedora da paridade dos seus potenciais partícipes. Assim, uma instituição estatal que seja afastada por determinação legal ou constitucional de interferência hierárquica do próprio Governo encaixa-se melhor nesta finalidade que o próprio Parlamento, ou mesmo um órgão ministerial do Poder Executivo. A virtude de uma instituição reguladora setorial está exatamente em, não sendo parte a não ser do dever de sua preservação como instância ética pautada em seu fundamento de existir – a Constituição do Estado como “fim e (...) realidade em ato da substância universal e da vida pública nela consagrada.”²⁰ – firma-se como momento de unidade exterior em que os interessados no setor – usuários, sociedade civil, investidores, empresas, o próprio Governo etc. – não figurem lá com pesos distintos, mas como partícipes, como membros, como iguais. Sua voz deve ser ouvida em razão unicamente de fazerem parte dos interessados no setor e não porque de seu timbre ecoe um poder representativo monocrático ou colegial.

Conclusão

As corporações seriam, portanto, espaços necessários de encontro de interesses individualizados e de manifestação do resultado institucional deste convívio no tempo, cumprindo a função de se evitar

²⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p. 155.

a confusão destes interesses corporativos com a Idéia de união dos mesmos interesses em um espaço comum, não porque dele sairá uma decisão que homenageie os interesses de determinados grupos, mas exatamente porque nele se promove a submissão dos interesses de grupos a um valor maior de compartilhamento da discussão, de destinos, enfim, do convívio humano. O que Hegel demonstra é que o Estado somente se apresenta como unidade ideal se partilhá-la com a diversidade concreta²¹, pois esta unidade ideal depende de um reconhecimento pelo sujeito da razão que está por trás das coisas segundo seu método imanente: o dialético.²²

Enfim, o Estado, como manifestação de interesses concretos de solução da questão social ombreia com o espaço público do seu *ser-em-si*. Ou seja, o Estado, significando o espaço de solução da *questão social*, ombreia com o Estado, significando abertura de espaço ao público, de espaço à virtude política. Resumir-se o conceito de espaço

²¹ O Estado em Hegel não é um Absoluto em si, mas exatamente a representação da união de Idéias imanescentes ao que reúne. Sua virtude está em ser um espaço de reunião destas Idéias imanescentes e não, de carregar, em si, uma Idéia que prescindiria das partes. O sistema de Hegel é de pluralidade de forças para presença do Estado: soberania de um lado; corporações de outro; elemento subjetivo do funcionalismo de outro, cada qual com sua verdade imanente necessária ao conjunto (p. 46). O Estado, para Hegel, é a representação mais evidente de uma instituição abrangente reunidora das sínteses oriundas da relação entre o ser-em-si e o ser-para-si. Dizer que ele idolatra o Estado é uma afirmação falaciosa. Ele idolatra a autoridade das leis morais (p.150), que estariam sedimentadas no Estado como conteúdo da moralidade objetiva (da ética). Conferir, para tanto: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, pp. 150 e 246.

²² O método dialético, em Hegel, é o método imanente ao ser (ou, o que é o mesmo para Hegel, imanente ao pensamento). Significa deixar o pensamento a si mesmo, abandoná-lo a seu movimento próprio (Selbstbewegung des Begriffs) de ver a experiência e entendê-la por seu oposto dirigida para o reconhecimento ou conscientização da razão que dirige tudo. “O indivíduo, ou espírito subjetivo, expressa-se como alma, enquanto dependente da Natureza; consciência (Bewusstsein), enquanto oposição à Natureza; e Espírito, enquanto síntese com a Natureza pelo conhecimento” (p.22). A dialética, para Hegel, é “o princípio motor do conceito – enquanto não é simplesmente análise, mas também produção das particularidades do universal” (p.62). Não se trata de uma dialética negativa, como se pode encontrar até em Platão, que se contenta em atingir, como seu último fim, o oposto de uma representação. Em Hegel, “a dialética superior do conceito consiste em produzir a determinação, não como oposição e limite simplesmente, mas compreendendo e produzindo por si mesma o conteúdo e o resultado positivo, pois só assim a dialética é desenvolvimento e progresso imanente. Tal dialética não é, portanto, a ação extrínseca de um intelecto subjetivo, mas, sim, a alma própria do conteúdo, de onde, organicamente, crescem os ramos e os frutos” (p.62). É algo que existe como razão da coisa. Conferir: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997.

público ao de instâncias superiores decisórias do Estado implica uma totalização do conceito em detrimento de seu sentido imediato: o de espaço pautado pela perseguição incondicional de sua sobrevivência.

Assim, precisadas as relações entre as noções de espaço público, corporação e instituições estatais setoriais, tem-se como pressuposto dos estudos desenvolvidos neste livro que as agências reguladoras e o regramento jurídico estatal se apresentam como *representações exteriores* de um conceito ideal; de uma *Idéia* em termos hegelianos. A *Idéia* de reconhecimento pela individualidade do caráter essencialmente universal do *ser-em-si*, como *conteúdo moral objetivo*²³; como algo que identifica os entes partícipes de uma instituição como *unidade*, como voltados a um mesmo objetivo de construção de um espaço público acessível por todos.

A noção de agência reguladora, como instituição resultado da progressiva reconformação da *existência política* em torno a um setor específico, e, portanto, utilizando-se um termo de Hegel, como *substancialidade imediata do espírito*, pode apresentar-se em uma roupagem de viés corporativo totalizante, como espaço que encarne uma facção de interessados – daí o fenômeno conhecido por *captura do órgão regulador*, em que há a contaminação do espaço público pelos interesses particulares de quaisquer dos partícipes como fins –, ou pode firmar-se na posição a ela designada de espaço de suspensão das particularidades do Governo, do Congresso, da sociedade civil,

²³ A pertença do que é subjetivo à uma realidade moral objetiva é fundamental para percepção pelo ser-para-si da existência do ser-em-si. “A moralidade objetiva é a idéia da liberdade enquanto bem vivente, que tem na consciência de si o seu saber e o seu querer e que, por meio de sua ação, tem a sua realidade. Esta ação tem o seu fundamento em si e para si, e a sua finalidade motora na existência moral objetiva” (p.149). A moralidade objetiva ou ética é a “substância concreta” (p.149) da subjetividade. As leis e instituições são mantidas pela estabilidade alcançada pelos ciclos de diferenciações representadas no conteúdo objetivo da moralidade, ou seja, na ética. Seria a manifestação da liberdade, como “vontade que existe em si e para si”, como uma realidade objetiva (p.150). A “substancialidade moral” (p.154) presente nas instituições é o outro lado da “particularidade” (p.154); é a representação da relação entre o ser-em-si e o ser-para-si; entre o universal e o particular. “Nesta identidade da verdade universal e da particular, coincidem o dever e o direito e, no plano moral objetivo, tem o homem deveres na medida em que tem direitos, e direitos na medida em que tem deveres” (p.154-155). “A substância moral, como o que contém a própria consciência refletida, unida ao seu conceito, é o espírito real de uma família e de um povo” (p.155), in HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997.

dos usuários, das empresas, em nome de uma *persona* destinada a ser parte de um projeto maior de coexistência de interesses particulares, que são idealmente, assim, afogados em um espaço catalisador para um fim comum de enriquecimento do conceito que aquela instituição traz em si, embora revele-se, na experiência cotidiana e, portanto, provisória, formal, destinada à superação, como manifestação de vontades dos *seres-para-si* – das particularidades. A presença das corporações nos espaços públicos de formação da decisão política setorial afigura-se sim necessária, mas não para o fim de cooptação da instituição estatal. As corporações são, pelo contrário, a *garantia de vigilância*.²⁴

A presença de um espaço institucional é necessária exatamente porque se parte da crença na virtude política como ser livre para ser *parte – parte de uma unidade*. A instituição é a representação desta unidade política, em que os interesses privados das partes somente encontram o “meio do universal”²⁵ para se manifestarem. A presença de um espaço institucional eleva a individualidade natural de cada parte a um saber universal nos limites daquele espaço, auxiliando na formação de uma *cultura* de indução da subjetividade à objetividade.²⁶

²⁴ "A preservação do Estado e dos governados contra o abuso do poder cometido pelas autoridades e pelos funcionários imediatamente consiste, por um lado, na hierarquia e na responsabilidade e reside, por outro lado, no reconhecimento das comunas e corporações, impeditivo de que o arbítrio individual se confunda com o exercício do poder entregue aos funcionários assim completando, vindo de baixo, a vigilância que, vinda de cima, é insuficiente quanto aos atos particulares de administração" (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p. 245).

²⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p. 171.

²⁶ O trecho a seguir extraído de Hegel foi utilizado como fundamento a partir da consideração da sociedade civil e do Estado como fases de um mesmo fenômeno: o da presença do particular na unidade, mediante a progressiva conscientização da Idéia do particular não como sujeito isolado, mas como parte de um todo. “Ao desenvolver-se até a totalidade, o princípio da particularidade transforma-se em universalidade, pois só aí começa a sua verdade e a legitimação da sua realidade positiva. Em virtude da independência dos dois princípios que reside no nosso ponto de vista da divisão (...), esta unidade não é a identidade moral, objetiva, e não existe, portanto, como liberdade, mas como necessidade: o particular é obrigado a elevar-se à forma do universal e nela procurar e encontrar a sua estabilidade” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p. 171). Aqui pode-se visualizar claramente a diferença conceitual da liberdade em Hannah Arendt e em Hegel. Para ela, a liberdade política é uma necessidade de ser parte. Hegel reconhece esta necessidade, mas a coloca como meio para alcance da verdadeira liberdade, como consciência do ser-em-si e para-si perante a Idéia do universal e Absoluto.

Uma cultura que demonstre em si sua razão de ser: o “pensamento do indivíduo na forma do universal”²⁷, mediante o despir-se cada qual de sua particularidade para abraçar o fim comum de parte do corpo.

A regulamentação estatal dos setores ditos regulados, dentre eles o de telecomunicações, não se afigura, assim, como uma resposta estatal provisória fadada a superação e exigida somente enquanto não for alcançado o *bom funcionamento do mercado*. Desde que a regulamentação estatal esteja revestida do caráter de viabilização da existência política dos interessados, ela está assentada em um valor perene, pois substitui uma circunstância objetiva de apresentação conjuntural do mercado por um processo de participação do sujeito no exercício de sua liberdade, de sua virtude política. Deixar que as coisas se acomodem por si sós, sem o esforço diuturno dos interessados é declarar a escravização do sujeito a um rumo fixado por algo alheio a ele e, portanto, também é uma opção ideológica de entrega do sujeito ao curso dos acontecimentos, pressupondo-os produto do acaso ou da ordem tidos como alheios a arte humana.²⁸ Não importa que as decisões geradas no exercício da virtude política não sejam as melhores, pois ela nunca pretendeu que assim fossem, nem mesmo no formato parlamentar da existência política.²⁹ Trata-se da emancipação do sujeito enquanto cidadão de “circunstâncias exteriores e combinações remotas”³⁰, que o escravizam em uma condição nada nobre de *ser* cujo destino não lhe é próprio.

²⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p. 182.

²⁸ Para uma exposição coerente e profunda dos conceitos de natureza, caos e artifício, vide: ROSSET, Clement. *Anti-natureza: elementos para uma filosofia trágica*. Trad. Getulio Puell. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1989, p. 13-33.

²⁹ “A instituição representativa não se destina a fornecer, quanto aos assuntos do Estado, deliberações e decisões que sejam as melhores, pois deste ponto de vista ela é apenas complementar; porque o seu destino próprio é o de conferir direito ao fator de liberdade formal dos membros da sociedade civil que não participam no governo, informando-os sobre os assuntos públicos e, sobre eles, convidando-os a deliberar – aplica-se tal exigência de informação universal mediante a publicidade das deliberações das assembleias” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p. 258, § 314).

³⁰ “Mas o que, sobretudo, torna necessária uma fiscalização e direção universais é a dependência em que se encontram amplos ramos industriais devido a circunstâncias exteriores e combinações remotas que não oferecem uma visão de conjunto aos homens que a elas se acham vinculados e sujeitos” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p. 196).

Bibliografia

- BARTHÉLEMY, Joseph. **La crise de la démocratie représentative**. Paris: Marcel Giard, 1928.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Norberto de Paula Lima. Adaptação e Notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997.
- MANOÏLESCO, Mihail. **O século do corporativismo: doutrina do corporativismo integral e puro**. Trad. Antônio José Azevedo Amaral. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1938.
- PAIM, Antônio. *Pensamento e ação corporativa no Brasil*. p. 121. In: SOUZA, Francisco Martins de. **Raízes teóricas do corporativismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 119-174.
- PECCI, Giocchino [Papa Leão XIII]. *Litterae encyclicae: quod apostolici muneris*. Santa Sé: s/e, 1878, § 15. Obtido na página eletrônica oficial do Vaticano em 15 de fevereiro de 2004. On-line: [http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_28121878_quod-apostolici-muneris_it.html].
- PECCI, Giocchino [Papa Leão XIII]. *Litterae encyclicae: rerum novarum*. Santa Sé: s/e, 1891, § 36. Obtido na página eletrônica oficial do Vaticano em 15 de fevereiro de 2004. On-line: [http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_it.html].
- REALE, Miguel. *Corporativismo e unidade nacional*. p. 240. *Irr. _____*. **Obras políticas: 1ª fase – 1931-1937**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 235-242 (Cadernos da UnB).
- ROSSET, Clement. **Anti-natureza: elementos para uma filosofia trágica**. Trad. Getulio Puell. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1989.
- STEPAN, Alfred. **Estado, corporativismo e autoritarismo**. Trad. Mariana Leão Teixeira Viriato de Medeiros. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980. (Coleção Estudos Latino-Americanos, vol.17).

ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Gierck Guimarães Medeiros¹

1. Introdução. 2. As Agências Reguladoras 2.1 Autonomia: questões conceituais 2.2. Traços definidores das Agências Reguladoras. 3. Os Conselhos do início do século XX 3.1 Conselho Nacional do Café e o Departamento Nacional do Café 3.2 Instituto do Açúcar e do Alcool 3.3. CONTEL. 4. A Estabilidade dos Dirigentes das Autarquias Federais na visão do Judiciário 4.1. Argumentos a Favor da Exoneração 4.2. Argumentos contra a Exoneração. 5. Conclusão. 6. Bibliografia

1. Introdução

O advento das agências reguladoras no Brasil, criadas a partir de 1996 tem suscitado discussões no tocante à sua legitimidade e atuação. Corrente significativa de administrativistas tem pregado, dentre outras coisas, que tais entes dotados de autonomia em relação à Administração Direta não passam de uma importação crua das *commissions* estadunidenses, sem que se adequasse o instituto à realidade do País. Maria Sylvia Zanella di Pietro denomina de “agencificação”² esse fenômeno das agências difundido no Brasil e no mundo. Aduzem tratar-se mais de um modismo, e que o instituto das agências refere-se, na verdade, ao que conhecemos em nosso País

¹ Advogado, pós-graduado em “Regulação em Telecomunicações” pela UnB e Membro do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB – Getel/UnB.

² “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” (Cf. DI PIETRO. Parcerias na Administração Pública. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 133).

como autarquia, mas com algumas particularidades que as tornam especiais³, como se verá adiante.

O presente estudo tem por finalidade apresentar uma nova perspectiva para ditas agências reguladoras. O intuito é se esquivar do suposto caráter novidadeiro, acentuando-se a existência de um debate político e doutrinário acerca da implantação de um conselho espelhado no instituto das *commissions* norte-americanas já no início do século XX.

Pretende-se, ainda, verificar a preexistência ou não de entes autárquicos surgidos a partir da década de trinta, que continham em suas estruturas algumas características, que permitam identificá-los como verdadeiros estágios embrionários das atuais agências reguladoras brasileiras.

Dito isso, seguir-se-á à análise de uma das principais características presentes nos entes autárquicos e, por conseguinte, nas agências: sua autonomia. Mais à frente, buscar-se-á a superação de divergência trazida pela doutrina, que, em certa medida, dificulta a aproximação dos conceitos “administração autônoma” e “agência reguladora”. O tópico seguinte trará características próprias das agências, bem como a tentativa do prof. Alfredo Valladão de, no Código de Águas, instituir a Comissão Federal de Recursos Hidráulicos no formato das agências regulatórias independentes norte-americanas (*commissions*).

O terceiro capítulo tratará dos conselhos da primeira metade do século XX, traçando, a partir daí, um paralelo com os contemporâneos órgãos reguladores. Serão objeto de análise nesse capítulo o Conselho Nacional do Café (1931-1933), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933-1990) e o CONTEL (1962-1972).

O quarto e último capítulo trará a visão do Judiciário, mais precisamente do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à exoneração de dirigentes autárquicos pelo Presidente da República, mesmo nas hipóteses em que estes se viam resguardados por uma

³ Perfilham esse entendimento Maria Sylvia Zanella di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello.

pretensa estabilidade e pela fixação de prazo para seus mandatos. Notou-se, já no início da década de sessenta, uma mudança de postura da cúpula do Judiciário, que partiu de uma situação de respaldo à garantia dos dirigentes para uma situação de completa insegurança, culminando com a edição da Súmula STF n° 25.

Para a elaboração do presente estudo, recorreu-se, além da mais autorizada doutrina contemporânea, à pesquisa histórica de legislação, à jurisprudência e à doutrina respeitante a entidades autárquicas da época, com o fito de buscar em suas estruturas vestígios, por vezes muito evidentes, dos ditos órgãos reguladores.

2. As Agências Reguladoras

2.1. Autonomia: questões conceituais

Prima facie, valiosa é a definição de *administração autônoma*, palavra de origem alemã (*Selbstverwaltung*)⁴ posteriormente difundida em outros países, como Grã-Bretanha (*selfgovernment*) e Itália (*autarchia*)⁵.

Dentre os inúmeros conceitos de autonomia trazidos por Vital Moreira, vale fazer referência à definição que atende aos objetivos do presente estudo:

“... o termo autonomia era (e é) utilizado no âmbito do direito administrativo com dois sentidos distintos: primeiro, no sentido de capacidade dos organismos administrativos infra-estaduais para editar normas da sua própria organização e actuação (falando-se a propósito, tautologicamente, em ‘autonomia normativa’ para designar esse poder regulamentar); segundo, **num sentido genérico de margem de**

⁴ Sobre a origem da administração autônoma vide: MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 48 e ss.

⁵ Por autarquia tem-se “o ente público administrativo, ainda que puramente instrumental do Estado, desde que munido de poderes de natureza administrativa, nomeadamente, a capacidade para praticar actos definitivos e executórios” (Cf. MOREIRA, Vital. *Op cit.* p. 69).

independência ou de livre actuação de um órgão ou organismo administrativo face aos órgãos da administração directa do Estado, autonomia cuja importância é aferida pela dimensão dos poderes próprios que aquele exerce e pela maior ou menor subordinação em relação ao Estado, assim se falando em autonomia, financeira, disciplinar, tributária, etc”⁶.

Imperioso tratar, ainda, com vistas à exata delimitação do conceito de administração autônoma, da distinção surgida em âmbito doutrinário entre esta e as agências reguladoras.

Vital Moreira suscita a controvérsia, ao alegar que as agências reguladoras – por ele chamadas de administrações independentes – diferem dos entes autônomos pela ausência de órgãos representativos ou de outros pressupostos sociológicos que compuseram a definição de administração autônoma em suas origens. Tal afirmativa é lastreada nos seguintes dizeres do professor:

“Faltam-lhe [à administração independente] os pressupostos sociológicos desta [administração autônoma] – **uma colectividade ou grupo social subjacente, órgãos representativos, interesses próprios, autofinanciamento** -, que são as condições materiais da independência administrativa da administração autônoma [...] Em segundo lugar, enquanto na administração autônoma os respectivos órgãos dirigentes são designados e controlados pelo conjunto dos interessados, perante quem são responsáveis, no caso da administração independente não estão sujeitos a nenhum controle nem são responsáveis perante ninguém”⁷.

Assevera que a independência das administrações autônomas fundar-se-ia na legitimidade democrática endógena, porquanto seus membros seriam retirados do universo dos próprios administrados. De outro lado, a independência das agências reguladoras derivaria de uma legitimação técnica de seus membros, constituindo, portanto uma autolegitimação.

Contra tais argumentos, há outros de igual calibre que, de certa maneira, respondem às exigências supracitadas. De início, vale dizer que o critério utilizado para definir o ente autônomo e, a partir daí

⁶ _____. Idem. p. 100 [grifo nosso].

⁷ _____. Idem. p. 131 [grifo nosso].

estabelecer a dicotomia entre este e a administração independente, buscou traços definidores situados historicamente na origem do instituto em comento. O fato é que, como é de se esperar, o instituto sofreu modificações para se adequar aos vários momentos históricos e às conseqüentes orientações ideológicas que se seguiram⁸.

Naquela época, início do século XIX, reivindicava-se a condução dos interesses locais pelos próprios administrados em contraposição à centralização e a burocratização do Estado monárquico-aristocrático. Desta feita, a idéia de auto-administração ou administração autônoma contrapunha-se à idéia de controle estatal, de modo a compreender apenas aquelas pessoas jurídicas, cuja atribuição estava circunscrita à esfera local⁹⁻¹⁰, e seus membros, em observância a ditames democráticos, necessariamente eram representantes dos administrados.

⁸ Não se pode dizer que a figura da administração autônoma, na própria Alemanha, sofreu modificação alguma. A auto-administração, nascida no berço da burguesia liberal para conferir a esta uma maior liberdade na tomada de decisões de interesse local, em contraposição ao Estado monárquico-autoritário do início do século XIX, não poderia conservar idênticas características da administração autônoma contemporânea ao Estado nacional-socialista do início do século XX, centralizador que era. A esse respeito vide: MOREIRA, Vital. Op. cit. p. 48-54.

⁹ Como é de se notar o município era considerado administração autônoma. Tanto é assim que a Constituição alemã de 1849 considerou como “direito fundamental” dos municípios a administração autônoma dos assuntos municipais (Cf. MOREIRA, Vital. Op. cit. p. 49-nota). “Esta contraposição [ao modelo de administração municipal alemão baseado no selfgovernment em meados do século XIX] iria receber um reforço teórico com a concepção de Gierke e de Preuss, que vêem nos municípios comunidades que, o mesmo título que o Estado e independentemente deste, gozavam naturalmente de poderes de autogoverno e de autodeterminação administrativa. A esta concepção virá a opor-se o positivismo jurídico-administrativo – os clássicos Laband, Jellinek, O. Mayer -, os quais, baseando-se no direito estabelecido, rejeitaram a concepção extra-estadual do município, considerando-o um elemento do Estado, vendo a administração autônoma uma forma de autolimitação do Estado e na administração local uma forma de administração do Estado, contestando por isso a originária contraposição entre Selbstverwaltung e Staatsverwaltung” (MOREIRA, Vital. Op. cit. p. 50).

¹⁰ Vale dizer que a doutrina pátria de há muito afasta a figura do município como administração autônoma. Lastreamo-nos para tanto nos dizeres da boa doutrina do início do século passado, que relectiona: “Tenho que abandonar, neste passo, a lição de Santi Romano, porque, em seu conceito, vai o mestre italiano abranger as autarquias entidades, como as províncias, as comunas, cuja capacidade de direito publico é de critério territorial. E, assim, teria de classificar entre as autarquias brasileiras os Estados e os municípios” (FONSECA, Tito Prates da. *Autarquias Administrativas*. S. Paulo: Saraiva & Comp., 1935. p. 14).

Com efeito, esse mesmo modelo de administração autônoma de conteúdo eminentemente político e fundado em bases democráticas de representatividade, veio a ser posteriormente esvaziado em meados do século XIX. Sucedeu-lhe modelo análogo ao *selfgovernment* inglês, no qual a “*administração autônoma era, por conseguinte, a administração de tarefas do Estado (que não deixavam de o ser) por meio de agentes honorários locais dotados de autonomia*”¹¹. Incontestável, portanto, o fato de que a representatividade não configura, necessariamente, um traço definidor da administração autônoma.

Ainda que se entenda diversamente, é de se considerar o surgimento de outros instrumentos de legitimação fundados em pressupostos democráticos de representatividade dos administrados e aplicados aos nossos entes reguladores contemporâneos¹². O instituto da consulta pública bem reflete esta tendência. É realizada previamente à edição de atos normativos por parte da agência, devendo esta submeter a minuta do ato normativo à consulta dos interessados (concessionárias, autorizatárias e consumidores), por força do art. 42, da Lei nº 9.472/97.

Outro instrumento de democratização, de estreitamento na relação agência/administrados, é a ouvidoria¹³⁻¹⁴⁻¹⁵, que tem como

¹¹ MOREIRA, Vital. Op. cit. p. 55.

¹² Contudo, deve-se admitir que a legitimação das agências em tais pressupostos democráticos constitui processo ainda não acabado. As reuniões do conselho a portas fechadas e a restrição de vista dos autos ao público em geral – exemplo do que acontece em algumas agências – bem refletem a necessidade de tais entes perseguirem mais e mais os pressupostos democráticos da transparência e da publicidade, como condição de sua própria sobrevivência.

¹³ Vide art. 45 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97).

¹⁴ “Um dos diferenciais do ombudsman é que praticamente não há formalidades para a apresentação de reclamações, tornando essa instituição extremamente acessível à sociedade. Qualquer cidadão é legitimado para apresentar reclamação aos ombudsmän, ainda que essa reclamação não lhe interesse diretamente. Estrangeiros e pessoas jurídicas também podem fazê-lo. As formalidades para a apresentação de reclamações limitam-se a necessidades organizativas, básicas, tais como a apresentação do nome e endereço do reclamante, bem como a especificação da autoridade reclamada. Se houver documentos que fundamentem a reclamação em questão, esses devem ser anexados [...] Nos termos descritos, essa instituição constitui um importante ‘novo’ mecanismo de controle da administração pública, contribuindo para o efetivo equilíbrio dos poderes do Estado e para a defesa dos direitos dos cidadãos. Sua celeridade, a ausência de custas envolvidas e a simplicidade de acesso ao ombudsman tornam essa instituição amplamente popular, assim fortalecendo a democratização do acesso à justiça e a democratização do controle das

finalidade ouvir os reclamos dos cidadãos e com alguma autonomia apresentar relatórios semestrais da atuação do órgão, encaminhando-os à própria agência, ao ministério a esta vinculado, ao Congresso Nacional e à sociedade em geral.

No que se refere à ausência de interesse próprio das administrações independentes (agências reguladoras), que supostamente estaria a descaracterizá-las como administração autônoma, vale dizer que tal alegação não resiste às críticas daí oriundas. Não se pode negar que, por ser dotado de personalidade jurídica, seus interesses são indiscutivelmente próprios, diferentemente de um órgão vinculado à administração direta, que apenas torna real a vontade do ente político que lhe seja correspondente (União, Estados, Municípios).

Ademais, cumpre informar que o interesse da administração independente se identifica com o interesse público primário de toda a Administração Pública. Nesse sentido, vale a lição de Tito Prates da Fonseca: *“A autarquia é uma forma específica da capacidade de direito público: capacidade de reger por si os próprios interesses, embora estes respeitem também ao Estado”*¹⁶.

Note-se se que a transcrição supracitada serve para justificar o interesse próprio das agências. Não há óbice algum a tal correlação, pois a definição acima conceituava autarquias do início do século XX, que detinham, no mais das vezes, as mesmas funções das atuais agências, qual seja: regular o mercado que lhes foi confiado.

O terceiro e último ponto que supostamente descaracterizaria as agências como administração autônoma seria, na visão de Vital Moreira, a ausência de autofinanciamento destas. Este critério, necessariamente, não se aplica ao modelo brasileiro de agências. Isto

decisões proferidas pelas autoridades públicas“ (VARGAS, Daniel Barcelos. O Ombudsman Parlamentar: modelo sueco de controle das atividades do Estado e de defesa dos interesses dos cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 116-118) [grifo nosso].

¹⁵ Há, ainda, no âmbito da ANATEL a figura do Conselho Consultivo, com funções meramente opinativas, composto por representantes do Poderes Executivo e Legislativo, das entidades representativas da sociedade, dos usuários e dos prestadores de serviços de telecomunicações (art. 35 e ss. da Lei nº 9.472/97).

¹⁶ FONSECA, Tito Prates da. Op. cit. p. 14.

porque há órgãos reguladores - como a ANATEL, por exemplo -, que são dotados de fontes de receitas próprias, como as oriundas da cobrança de taxas de fiscalização. Contudo, é de se registrar que, na prática, há a relativização dessa autonomia financeira no caso de algumas agências reguladoras¹⁷.

Há, ainda, quem entenda que, ao tratarmos das administrações independentes, estaríamos a falar em auto-administração formal ou técnica, em contraposição à auto-administração material - aquela dotada dos pressupostos materiais tratados por Vital Moreira e acima transcritos. Presente, assim, mais uma tentativa de se adequar o instituto da administração independente à figura das administrações autônomas¹⁸.

Não obstante o entendimento do administrativista lusitano, fica demonstrado que a distinção por ele realizada não se aplica ao caso brasileiro, seja pelos fundamentos acima expendidos, seja pelo fato de a própria legislação, ao instituir as ditas agências reguladoras, tê-las chamado de autarquias - correspondente italiano das administrações autônomas que fora importado para o Brasil¹⁹⁻²⁰.

Superada a questão da dicotomia entre administração autônoma e administração independente (agências reguladoras), deve-se partir

¹⁷ É o caso da ANEEL e da ANS, que realizam com a União contrato de gestão, conforme disposição da Lei nº 9.427/96 e da Lei nº 9.967/00, respectivamente. Esse contrato celebrado entre a União e a agência reguladora pode vir a ser estendido aos demais órgãos reguladores, caso venha a integrar o ordenamento jurídico pátrio o projeto de lei das agências, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados.

¹⁸ Cf. MOREIRA, Vital. Op. cit. p. 131.

¹⁹ “O correspondente italiano do conceito de administração autônoma é a noção de autarquia (etimologicamente: ‘autocomando’, ‘autodirecção’)” (MOREIRA, Vital. Op. cit. p. 67). E mais adiante: “A noção de autarquia foi importada para a generalidade dos países latinos, entre os quais Espanha, Portugal e Brasil” (MOREIRA, Vital. Idem. p. 69-nota).

²⁰ Deve-se considerar que há atualmente outros entes públicos da Administração Indireta dotados de autonomia - que integraram o ordenamento jurídico pátrio com a vigência do Decreto-Lei nº 200/67 - a saber: fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas. Antes esses desdobramentos do Estado-provedor e do Estado-empresário eram genericamente denominados entes autárquicos. Assim, a imediata correspondência da administração autônoma apenas à autarquia é considerada somente por se tratar o presente trabalho de estudo histórico. Aliás, é de se registrar que consta na doutrina da época acirrado debate acerca da natureza jurídica das fundações públicas; se se tratavam de pessoas jurídicas de direito público ou se eram pessoas jurídicas de direito privado.

para a definição de autarquia. Maria Sylvia Zanella di Pietro a define genericamente como *“pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei”*²¹.

No mesmo sentido é a definição de Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

“São pessoas jurídicas de Direito Público, de natureza meramente administrativa, criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras, ou serviços descentralizados da entidade estatal que as criou. Funcionam e operam na forma estabelecida na lei instituidora e nos termos de seu regulamento. As autarquias podem desempenhar **atividades econômicas, educacionais, previdenciárias e quaisquer outras outorgadas pela entidade estatal-matriz**, mas sem subordinação hierárquica, sujeitas apenas ao controle finalístico de sua administração e da conduta de seus dirigentes”²².

Como é de se notar, trata-se de pessoa jurídica de Direito Público que se destina a prestação de um serviço²³. Veja-se que a definição de autarquia trazida pela doutrina nacional não abarca o conceito de autarquia territorial da doutrina italiana, mas apenas o de autarquia institucional. Nesse sentido é o magistério de Vital Moreira, ao afirmar que: *“diferentemente, no Brasil só se vulgarizou a expressão ‘autarquias administrativas’, para designar as autarquias institucionais, ou seja, os institutos públicos”*²⁴.

Com efeito, a noção desse instituto traz em si o conceito de descentralização administrativa para o exercício de suas funções, o que significa dizer que se está a tratar de ente autônomo que **compõe**

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 361.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 62 [grifo nosso].

²³ Deve-se levar em conta que a doutrina italiana, ao tratar do tema ‘autonomia administrativa’ divide-a em dois tópicos: autonomia territorial e institucional (incluindo-se aí as autarquias corporativas). As primeiras se referem à autonomia das coletividades locais, os Municípios, como já foi visto anteriormente. As segundas se referem àquelas que não têm uma base territorial, sendo individualizadas pelo serviço especial que desempenham.

²⁴ MOREIRA Vital. Op. cit. p. 95.

a Administração Indireta, com personalidade jurídica própria, interesses próprios, auto-gestão, etc. Por consequência disso, **não se encontra a autarquia subordinada hierarquicamente a nenhum outro órgão administrativo (Ministério)**, havendo que se falar apenas em supervisão ministerial, que não atinge, por óbvio, a análise das questões de mérito²⁵, sob pena de se lhe subtrair a própria autonomia.

Deve-se considerar, também, o fato de que as autarquias **prestam serviços públicos** - incluindo-se aí a regulação de diversos setores do mercado, como se verá adiante -, e que **o faz por meio de atos de império**²⁶, próprios do Poder Público.

Apesar de a doutrina ter, de forma mais ou menos pacífica, adstrito a noção de autarquias apenas àqueles entes dotados das características acima, é de se notar que na prática a autonomia dos entes autárquicos sofre variações de maior ou menor grau, mas que não chegam a desconfigurá-los como tais.

Tem sido essa a orientação dos doutrinadores clássicos. Nesse sentido, vale trazer à colação o escólio de Themistocles Cavalcanti, que enuncia:

“Pode o Estado intervir indirectamente na nomeação dos órgãos directores; pode nomear alguns dos seus dirigentes e fixar para os demais outro processo de escolha; pode o Estado preestabelecer condições de controle financeiro e impôr a aplicação de certas verbas para fins determinados; pode sujeitar a aprovação de certos actos administrativos à sua propria autoridade ou á de um conselho por ele creado.

²⁵ “De acordo com o citado Decreto-lei 200, portanto, na órbita federal, este controle é designado ‘supervisão ministerial’. Todas as entidades da Administração indireta encontram-se sujeitas ou à supervisão do Ministro a cuja Pasta estejam vinculadas – que a exercerá auxiliado pelos órgãos superiores do Ministério – ou da Presidência da República, tratando-se de autarquia diretamente vinculada a ela (art. 19)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 150). Os contornos da supervisão ministerial estão dispostos no Decreto-Lei nº 200/67.

²⁶ “Atos de império – os que a Administração praticava no gozo de prerrogativas de autoridade. Exemplo: a ordem de interdição de um estabelecimento.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 393)

São modalidades, graus de intervenção que se ajustam perfeitamente às diferentes organizações autônomas conhecidas entre nós e nos diferentes países”²⁷.

Na esteira desses, seguem os administrativistas contemporâneos. Vital Moreira, em magistral exposição clarifica a noção de graduação da autonomia das autarquias, ao dispor que:

“Conforme os diversos campos em que essa liberdade de conduta pode manifestar-se, assim se pode falar em autonomia regulamentar, autonomia administrativa (*stricto sensu*), autonomia patrimonial e financeira, etc. **Neste sentido, a autonomia é uma questão de grau: pode ir de quase nada até à independência quase total.** Nuns casos pode não consistir senão na mera autonomia jurídica (existência de personalidade jurídica), sem nenhuma liberdade de acção; noutros casos pode ir até à mais ampla liberdade de decisão dentro da esfera de acção que lhe esteja confiada (‘administração independente’)”²⁸.

No que respeita às agências reguladoras, o mesmo pode ser dito, pelo fato de serem autarquias especiais. São dotadas de maior ou menor autonomia, conforme disponha a lei que as institua²⁹. Estão, portanto, sujeitas a uma variação do nível de interferência do Poder Executivo, sem perder, contudo, sua principal característica. Baseados nessa assertiva, reportamo-nos à lição de Carlos Ari Sunfeld, *in verbis*:

“Na verdade, o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes. Na maior parte das agências atuais o modelo vem sendo o de estabelecer mandatos. O Presidente da República, no caso das agências federais, escolhe os dirigentes e os indica ao Senado Federal, que os sabatina e aprova (o mesmo sistema usado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal); uma vez nomeados, eles exercem mandato, não podendo ser exonerados *ad nutum*, **isso é o que garante efetivamente a autonomia. Esse esquema vem sendo seguido, com maior ou menor rigidez, nas diferentes agências.** No CADE e na ANATEL esta norma é muito

²⁷ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Instituições de Direito Administrativo Brasileiro. 2ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Freitas Bastos, 1938. p. 175 [grifo nosso].

²⁸ MOREIRA, Vital. Op. cit. p. 70 [grifo nosso].

²⁹ Na ANEEL, os diretores podem ser exonerados *ad nutum* pelo Presidente da República nos quatro primeiros meses de mandato daqueles. Flagrante a ingerência do Poder Executivo no que toca à autonomia dessa agência reguladora.

rígida, mas para outras agências ela é mais flexível, existindo um poder mais aberto para o Presidente da República decidir pela exoneração”³⁰.

Acerca do ato de nomeação dos dirigentes das agências reguladora, há que se tecer alguns comentários, necessários ao deslinde de polêmica questão relativa à estabilidade de mandatos, a ser tratada em momento oportuno. Refere-se àquilo que a doutrina administrativista denomina de ato administrativo complexo. Celso Antônio Bandeira de Mello define-os como aqueles “*que resultam da conjugação de vontade de órgãos diferentes*”³¹. No caso do ato de nomeação dos Ministros do STF - e por que não dos dirigentes das agências - tem-se a conjugação da vontade do Presidente da República com a aprovação do Senado Federal, a configurar, estreme de dúvida, hipótese de ato administrativo complexo.

Nesse diapasão, não é outra a lição de Sandra Julien Miranda, que, ao tratar em obra específica sobre os ditos atos, assevera:

“Comumente encontramos também, entre nós, atos administrativos de complexidade externa e também discricionários, como os demais até então mencionados, porém envolvendo a participação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, **como as nomeações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101, parágrafo único, da Constituição Federal)**.

Aqui, o candidato é discricionariamente escolhido e indicado pelo Chefe do Executivo – entidade singular –, dependendo, contudo, da aprovação do Senado – entidade colegiada –, sendo interessante observar que, neste caso, muito embora sejam apenas dois órgãos efetivamente participantes do ato para sua concretização final, são três os Poderes envolvidos, já que o Supremo Tribunal Federal é órgão do Poder Judiciário”³².

Ainda tratando dos órgãos reguladores da atualidade, deve-se levar em conta recente fato ocorrido ainda nos bastidores do Poder

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação Estatal: introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 24-25.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 392.

³² MIRANDA, Sandra Julien. Do Ato Administrativo Complexo. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 114. (grifo nosso).

Executivo, que pode mitigar consideravelmente a autonomia das agências. Em setembro de 2003 o Poder Executivo, por meio da Casa Civil, submeteu à consulta pública o anteprojeto de lei que regula conjuntamente as agências³³. *Prima facie*, seria o objetivo desse anteprojeto, já convertido no projeto de lei que atualmente tramita na Câmara dos Deputados³⁴⁻³⁵⁻³⁶, fixar regras comuns de gestão, de organização e de mecanismos de controle social para as agências elencadas em seu artigo segundo³⁷. Malgrado esta louvável tentativa de padronização de estruturas, de gestão e de organização, deve-se atentar para um outro intento não tão aparente.

Especificamente tratando da Seção II, do Capítulo II daquele anteprojeto, há que se fazer algumas considerações. Dispõe sobre a realização de contrato de gestão entre as agências e os correspondentes Ministérios; terá por objeto o estabelecimento de parâmetros para a administração interna daquelas, estabelecimento de metas de desempenho, fixação de penalidades aos signatários em caso de descumprimento, dentre outros.³⁸

Ante essa constatação, denota-se a pretensão de um maior controle das agências pelo Poder Executivo, vinculando a receita das

³³ Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/agencias_reguladoras.htm (Consulta realizada em 09/01/2004).

³⁴ Trata-se do Projeto de Lei nº 3.337/2004, e que atualmente conta com 137 propostas de emenda. Disponível no site: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=248978 (Consulta realizada em 26/10/2004).

³⁵ Após as propostas de emenda, foi apresentado pela Comissão Especial o substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.337/2004 com relevantes modificações. Disponível no site: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=265002 (Consulta realizada em 26/10/2004).

³⁶ Há que se registrar que o texto do referido anteprojeto de lei, que fora submetido à consulta pública pela Casa Civil da Presidência da República, é distinto do projeto de lei que tramita na Câmara dos Deputados, bem como de seu substitutivo. Exemplo disso é a transferência do poder concedente para o Executivo (Ministérios). No que toca às telecomunicações, essa mudança no panorama regulatório trará um quadro de indefinição ao setor.

³⁷ Nomeadamente: ANEEL; ANP; ANATEL; ANVISA; ANS; ANA; ANTAQ; ANTT e; ANCINE.

³⁸ Por sorte, essa previsão de penalidade foi retirada do projeto de lei e do seu consequente substitutivo, por certamente comprometer a autonomia das agências. Aliás o substitutivo ao PL 3.337/2002 contempla dispositivo (art. 13, § 2º) que impossibilita a adoção de medidas disciplinares aos signatários do contrato de gestão em caso de seu descumprimento. Frise-se que, por ainda não se constituir norma já inserta no ordenamento jurídico, a redação do já mencionado substitutivo não traz a segurança necessária aos diversos setores regulados.

agências ao estabelecimento de metas e ao atendimento a parâmetros fixados pelo Ministério, impondo-se penalidades à autarquia em caso de descumprimento. Espera-se que essa tendência centralizadora, não chegue ao ponto de comprometer a “independência” conferida ao modelo regulatório vigente ³⁹.

2.2. Traços Definidores das Agências Reguladoras

No tocante aos traços definidores das agências, é importante ressaltar que, via de regra, esses não diferem muito daqueles atribuídos às autarquias ⁴⁰. Na verdade, há uma característica central, da qual irradiam inúmeras outras. Seria ela a **autonomia** (tópico tratado anteriormente).

Dizê-las autônomas, importa atribuir-lhes a personalidade jurídica submetida ao regime jurídico de direito público⁴¹ para a prestação de um serviço também público – normatização e fiscalização do setor regulado, imposição de sanções aos concessionários e autorizatários, etc. –, vindo a compor a Administração Indireta do Estado; conseqüentemente, a personalidade jurídica desdobra-se em outra característica, qual seja: a existência de interesses próprios que, no mais das vezes coincidem com o de toda a Administração Pública, por se referirem ao interesse público primário; a ausência de subordinação hierárquica aos demais órgãos do Poder Público constitui outra qualificadora, o que significa dizer que, das decisões de última instância proferidas pela agência, não cabe recurso administrativo para qualquer outro órgão da Administração.

³⁹ A experiência mostra que essa mitigação na esfera de autonomia das autarquias não é fato isolado em nossa história. Exemplo disso é o que ocorreu com o Conselho Nacional do Café, transformado no início da década de trinta do século passado em Departamento Nacional do Café, como se verá adiante. Traduziu-se essa atitude em uma forma de o Governo Federal intervir de forma direta nos rumos do setor cafeeiro.

⁴⁰ Por isso a doutrina as denomina de autarquias especiais ou autarquias sob regime especial.

⁴¹ O regime jurídico de direito público traz uma série de direitos e deveres a tais entes. Themistocles Cavalcanti enumera-os da seguinte forma: i) direitos de exercer certos atos de império; ii) deveres de realizar serviços de interesse público, subordinando-se à tutela jurídica do Estado (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Op. cit. p. 127).

Contudo, no que tange à revisão dos atos administrativos das agências, é de se registrar que não está prejudicada a possibilidade de revisão pelo Judiciário, em homenagem ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Observe-se, porém, que não é permitido ao juiz fazer as vezes do administrador, adentrando em questões de mérito, consideradas as hipóteses de ato discricionário, à exceção dos casos de excesso de poder e desvio de finalidade⁴².

Há ainda um outro traço definidor das agências e que, de certa forma, as diferencia da generalidade das autarquias. Seria este a estabilidade dos dirigentes⁴³, conforme preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Ora, ‘independência administrativa’ ou ‘autonomia administrativa’, ‘autonomia financeira’, autonomia funcional’, e ‘patrimonial e da gestão de recursos humanos’ ou de quaisquer outros que lhe pertencam, ‘autonomia nas suas decisões técnicas’, ‘ausência de subordinação hierárquica’, são elementos intrínsecos à natureza de *toda e qualquer autarquia*, nada acrescentando ao que lhes é inerente. Nisto, pois, não há peculiaridade alguma; o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso destes caracteres.

Assim, o único ponto realmente peculiar em relação à generalidade das autarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes destas pessoas, e que se contém nos arts. 5º e parágrafo único, 6º e 9º da Lei 9.986, de 18.07.2000 (que dispõe

⁴² Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 138. Recentemente, a doutrina tem ampliado a possibilidade de controle do Judiciário em tais casos e, por consequência relativizado a dita discricionariedade do administrador. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 202 e ss.

⁴³ Registre-se que Maria Sylvania Zanella di Pietro acrescenta uma outra característica – por nós já comentada – que a torna especial em relação às demais autarquias, qual seja: “ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública” (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 131). Por outro lado, Themistocles Cavalcanti há muito tratava da irrecorribilidade das decisões administrativas como uma característica comum a todas as autarquias. Senão vejamos: “Na verdade, o recurso hierárquico não se coaduna com o funcionamento dos serviços autônomos, porque, como vimos, o simples controle não se confunde com o regime normas dos serviços administrativos do Estado. Presupõe, antes de tudo, uma desintegração maior, em virtude da qual fica reconhecida uma relativa capacidade para o órgão prover às suas necessidades e administrar-se livremente” (Cf. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Op. cit.* p. 177-178).

sobre a gestão dos recursos humanos das agências reguladoras), alterada pelas inconstitucionais Medidas Provisórias 2.216-37, de 31.8.2001, e 2.229-43, de 6.9.2001, e Lei 10.470, de 25.6.2002" ⁴⁴.

Dentre as atribuições das agências há aquelas que extrapolam as funções próprias do Executivo (ex. outorga de concessões, fiscalização dos serviços, etc.); tratam-se das funções quase-judiciais e quase-legislativas.

Ao se referir às funções quase-judiciais, a doutrina pátria, capitaneada por Di Pietro, menciona a competência atribuída às agências para dirimir conflitos entre os prestadores de serviço dotados cada um de interesses contrapostos ao do outro, ou entre esses prestadores e os usuários. Tais atribuições estão dispostas na Lei Geral de Telecomunicações (Lei n° 9.472/97), art. 19, incisos XVII e XVIII.

Por seu turno, as funções quase-legislativas referem-se ao poder normativo das agências – entenda-se, poder regulamentar. Lastreados na chamada discricionariedade técnica, tais órgãos reguladores têm a atribuição de expedir normas gerais de caráter técnico próprias ao setor a eles vinculado⁴⁵. Cumpre informar que esse dito poder tem sido objeto de muita discussão em sede doutrinária⁴⁶.

Tracejados, então, os elementos fulcrais das agências e os pontos de contato destas com demais autarquias, cabe-nos, a partir da análise histórica da doutrina e legislação da primeira metade do século XX, estabelecer a relação daquelas agências com estas últimas que, já naqueles tempos, intervêm nos mais diversos setores da economia nacional.

Themistocles Cavalcanti elenca, dentre as funções das diversas autarquias da época, a de atuar como *"directores da produção e*

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 160.

⁴⁵ Vide Lei Geral de Telecomunicações (Lei n° 9.472/97), art. 19, incisos IV e X.

⁴⁶ Alega-se que está sendo dado aos órgãos reguladores o poder de baixar regulamentos com força de lei; que tais regulamentos inovam no ordenamento jurídico (regulamentos autônomos), em suposta afronta aos princípios da separação de poderes e da legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal). Outro ponto controverso é a alegação de afronta à Constituição no tocante à competência privativa do Presidente da República para a expedição de regulamentos. Contudo, esta matéria, por não respeitar ao objeto do presente estudo não será tratada aqui com maior profundidade.

distribuição da riqueza, como – o Departamento Nacional de Café, o Instituto do Açúcar e Alcool”⁴⁷. Aponta, portanto, para a regulação de mercado e de setores da economia realizada de forma indireta pelo Estado.

É sabido que nesta época vigia no País o modelo do Estado-Social, tendo como principal característica a intervenção direta do Estado na economia. A despeito disto, ver-se-á mais adiante que, apesar de predominante a intervenção direta, o Estado também o fazia indiretamente, como hoje ocorre com as agências. Em verdade, análise acurada da legislação e doutrina de meados de 1930 nos permite afirmar que as autarquias responsáveis pela regulação de setores estratégicos da economia de outrora constituem embriões dos órgãos reguladores atuais.

Cumpre informar, contudo, que parte da doutrina entende diversamente. Alexandre dos Santos Aragão, na qualidade de atualizador da obra de Bilac Pinto, assenta:

“Antes das agências reguladoras independentes que começaram a ser criadas no bojo do Programa Nacional de Desestatização – PND, já havia sido criada uma série de órgãos e entidades reguladores, tais como Banco Central do Brasil, o Instituto do Alcool e do Açúcar – IAA, o Instituto Brasileiro do Café – IBC e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM. **Nenhum deles, contudo, tinha ou tem o perfil de independência frente ao Poder Executivo afirmado pelas recentes leis criadoras das agências reguladoras e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF.** Note-se que, mesmo o modelo norte-americano, adotado pelo autor como sendo o modelo ideal, evoluiu para a garantia da permanência dos titulares das agências norte-americanas durante o prazo de vigência de suas respectivas nomeações, o que, inclusive, como será visto mais adiante, ocasionou um sério conflito institucional entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte dos E.U.A.”⁴⁸⁻⁴⁹. (grifo nosso)

⁴⁷ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Op.cit. p. 129. Como se verá mais à frente, tanto o Departamento Nacional de Café – antes denominado Conselho Nacional do Café – como o Instituto do Açúcar e do Alcool agiam como reguladores da época, no que se refere aos respectivos mercados de café e de açúcar e álcool.

⁴⁸ PINTO, Bilac. Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública. ARAGÃO, Alexandre Santos de (atualizador). 2ª ed. São Paulo: Forense, 2002. pp. 49-50.

⁴⁹ Refere-se Alexandre Santos de Aragão ao Humphrey Case, que será posteriormente tratado em nosso estudo.

Em que pese o entendimento acima esposado, é de se considerar as variações de autonomia que sofrem os diversos entes autônomos no decorrer da história do País. Tome-se, a título de exemplo, o Instituto Brasileiro do Café (IBC). Em suas origens a autarquia responsável pela regulação desse setor era um outro órgão, o Conselho Nacional do Café. Como se verá adiante, o instituto era dotado de espantosa autonomia, que posteriormente lhe foi retirada.

Crê-se, com isso, que o momento histórico ao qual se funda o citado atualizador para chegar a tal conclusão seja diverso do manejado para a elaboração do presente estudo. O fato é que inúmeros conselhos do início do século XX foram inicialmente dotados de autonomia - conforme se buscará demonstrar -, ao ponto de se poder afirmar que esses constituem os primórdios das atuais agências.

Ainda na questão da existência rudimentar dos reguladores, deve-se dizer que o fenômeno da “agencificação” não é tão recente quanto se pensa. Já em 1933, havia vozes que pregavam a implantação, no setor de energia elétrica, de uma comissão nos moldes das *commissions* estadunidenses, dentre elas a *Federal Power Commission* e a *Interstate Commerce Commission*, dotada de todos os poderes concernentes às atuais agências. Nesse sentido, era a orientação de Alfredo Valladão, que na exposição de motivos do Código de Águas, fazia menção à necessidade de criação da Comissão Federal de Forças Hidráulicas e de comissões estaduais e municipais, onde houvesse necessidade.

Note-se que esta tendência de se difundir órgãos reguladores nas esferas federal, estadual e municipal, muito se assemelha à dicção do Capítulo IV do texto substitutivo do Projeto de Lei nº 3.337/2004, que prevê a descentralização das atividades regulatórias para a esfera estadual e para o Distrito Federal⁵⁰⁻⁵¹.

⁵⁰ Tratamento análogo foi contemplado no anteprojeto de lei da agências e no próprio Projeto de Lei nº 3.337/2004.

⁵¹ A propósito, já existem na experiência jurídica pátria inúmeros entes reguladores de serviço público estaduais - Alagoas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe. (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 157).

Tratando pontualmente da Comissão Federal de Forças Hidráulicas, vale ressaltar que a exposição de motivos do Código de Águas confere à referida comissão características que pouco ou nada destoam das modernas agências reguladoras da atualidade. Senão vejamos:

“A Comissão Federal de Forças Hidráulicas (destinada a propulsionar o desenvolvimento da indústria hidroelétrica no país, **regulamentá-la e fiscalizá-la**), ficou instituída do modo a poder gozar entre nós daquele mesmo prestígio de que goza, nos Estados Unidos, a *Interstate Commerce Commission*.

Os seus comissários, em número de sete (7), serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Congresso, dentre os brasileiros natos, de notável reputação, experiência e talento administrativo, que contem mais de 35 anos de idade; **e terão os mesmos vencimentos e as mesmas garantias que se conferem aos juízes do Tribunal de Contas [...]**

Ficam, por essa forma, organizadas as comissões em termos de bem poderem arrostar com a responsabilidade da regulamentação da indústria hidroelétrica no país, a qual recai inteira sobre os seus ombros; ficam organizadas, **varridas quaisquer influências que possam, de qualquer modo, desviá-las de seus fins**”⁵². (grifo nosso)

Registre-se que a Constituição de 1891 até então vigente assegurava, em seu art. 88, as seguintes garantias aos membros do Tribunal de Contas: “[...] *Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença*”. Daí conclui-se que, da mesma forma que ocorre com os membros-dirigentes das agências reguladoras a nós contemporâneas, estariam os membros da Comissão Federal de Recursos Hidráulicos acobertados pela estabilidade de mandato, conferida pela lei, de modo a impedir-lhes a exoneração *ad nutum* pelo Chefe do Executivo.

E mais adiante, tratando das funções do órgão regulador, dispõe:

“Como explica Bauer, as comissões administrativas não pertencem

⁵² BRASIL. MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA. Código de Águas. vol. I. Brasília: Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, 1980. p. 58 [grifo nosso].

exclusivamente nem ao poder legislativo, nem ao executivo, nem ao judiciário; **antes apresentam características de cada um desses poderes.**

‘Na regulamentação das tarifas, por exemplo, elas operam principalmente como agências legislativas. Fixar tarifas é função legislativa. Este poder foi delegado às comissões e todas as tarifas por elas fixadas resultam do exercício de sua autoridade legislativa’ [...]

‘Ao lado de tal direta ação legislativa, entretanto, as comissões têm também a direta responsabilidade de pôr em execução os atos legislativos pertinentes à regulamentação, inclusive suas próprias ordens baseadas na autoridade delegada tão bem como as exigências positivas fixadas diretamente pelas legislaturas. Neste sentido elas são corporações administrativas, e uma larga parte de sua organização se consagra a deveres administrativos’ [...]

Mas as mesmas exercem também funções judiciais ou quase judiciais decidindo questões que afetam direitos das empresas. Nas audiências sobre tarifas, principalmente, cada uma delas se tem sempre encontrado em posição de conflito consigo mesma, aparecendo não somente como corporação legislativa cujo dever é fixar tarifas no interesse do público, mas também deliberando sobre a razoabilidade das tarifas, em proteção aos direitos dos que empatam capitais nas empresas”⁵³⁻⁵⁴.

Quanto ao caráter das decisões da comissão, Alfredo Valladão as considerava definitivas. Não caberia, portanto, recurso hierárquico para qualquer outro órgão da Administração. Admitia, apenas, a revisão do Judiciário no tocante, basicamente, às questões de direito, excluídas, via de regra, a análise de questões de fato⁵⁵. Inegavelmente,

⁵³ BRASIL. MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA. Código de Águas. vol. I. Brasília: Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, 1980. p. 59 [grifo nosso].

⁵⁴ Note-se que já em 1933 cogitava-se da instituição de uma “agência reguladora” ou commission dotada das mesmas funções quase-legislativas e quase-judiciais dos hodiernos órgãos reguladores.

⁵⁵ “As decisões proferidas pelas comissões consideram-se finais, como declarou no referido caso a Suprema Corte, desde que não estejam (1) fora do poder que às mesmas constitucionalmente é permitido exercer; ou (2) fora dos poderes que pelos respectivos estatutos dados pela legislatura lhes foram conferidos; ou (3) baseadas sobre um erro de direito [...] Mas, como observou ainda a Suprema Corte, questões de fato podem estar envolvidas na determinação das questões de direito, de modo que uma decisão regular por esta face, pode ser posta de lado se se verificar que (4) a tarifa é tão baixa que chega a ser

estas características da comissão proposta no início da década de trinta, são muito parecidas, senão iguais, às contemporâneas agências. Quer-se com isto reforçar o argumento de que o debate acerca das agências reguladoras remonta ao início do século XX.

Apesar de constar na exposição de motivos do Código de Águas, a Comissão Federal de Recursos Hidráulicos não saiu do papel. Havia expressa menção àquele órgão regulador no art. 200 do Código de Águas, só que com a denominação de “Conselho” ao invés de “Comissão”. Constituiu-se no modelo de autarquia que mais se aproximava dos entes reguladores da atualidade. Todavia, substituiu-lhe o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAEE)⁵⁶, que não tinha a mesma gama de poderes das comissões reguladoras norte-americanas⁵⁷.

Independentemente disso, não se deve deixar de lado os demais entes autônomos da época, que possuíam uma certa similitude às

confiscatória violando a proibição constitucional da apropriação da propriedade sem o processo legal; ou (5) se a comissão agiu com tamanho arbítrio e injustiça que fixou tarifas contrárias à prova, ou sem prova para apoiá-las; ou (6) se a autoridade envolvida na decisão se exerceu de um modo tão injusto a incidir na norma elementar de que é a substância, e não a aparência, que determina a validade do exercício do poder[...] Finais, considere, também, no projeto, as decisões ou ordens das comissões, uma vez que não se verifiquem essas hipóteses de que acabo de dar notícia, indicados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ou, resumindo, uma vez que as mesmas decisões não atentem contra a Constituição e contra a lei. E por isto mesmo que em regra as questões de fato são da exclusiva competência das comissões, que as decisões ou ordens das mesmas se presumem sempre perfeitas, estabelece também o projeto: a) que o recurso pendente nos tribunais judiciários não suspende essas decisões ou ordens, salvo se, a seu critério, as comissões ou tribunais o determinarem, depois da devida notificação, e mediante caução prestada pela parte; b) que, se o tribunal no exame do processo reconhecer que a prova apresentada é diferente da que foi oferecida à comissão, ou é uma prova adicional, deverá devolver o processo à Comissão, para que esta a examine procedente a novo julgamento como primeira instância” (Cf. BRASIL. MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA. Código de Águas. vol. I. Brasília: Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, 1980. p. 63).

⁵⁶ A propósito, é de se registrar que na legislação que instituiu esta autarquia – art. 13, do DL n° 1.285/39 - constava autorização para a aquisição direta de material, ao arripio das normas até então vigentes, que estabeleciam o procedimento de aquisição de materiais pela Administração Pública. Esse desliz foi corrigido com a edição do DL n° 1.534/39, que submeteu as compras do CNAEE à Comissão Central de Compras e ao Regulamento Geral de Contabilidade Pública. Não é desse tipo de “autonomia” que estamos a nos referir. A autonomia de um ente autárquico não pode configurar liberalidade. Não pode significar afronta à legalidade.

⁵⁷ Cf. LIMA, José Luís. Políticas de Governo e Desenvolvimento do Setor de Energia Elétrica: do Código de Águas à crise dos anos 80 (1934-1984). Rio de Janeiro: Memória da Eletricidade, 1995. p. 30-31.

atuais autarquias especiais. Por vezes, eram-lhes conferidos poderes normativos; poderes de fiscalização de determinado setor da economia e a conseqüente cobrança de taxas - objetivando-se com isso a autonomia financeira do ente regulador; não havia que se falar em recurso hierárquico; outras vezes, eram compostos por diretores nomeados pelo Presidente da República, com mandato fixo, não sendo possível sua exoneração *ad nutum*.

Enfim, como já fora dito anteriormente, constituíam tais entes autônomos embrião das tais agências reguladoras. É este o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que assevera:

“Em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma [...] A autarquia Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, por exemplo, cumpria exatamente a finalidade ora irrogada à ANEEL, tanto que o art. 31 da lei transfere à nova pessoa todo o acervo técnico, patrimonial, obrigações, direitos e receitas do DNAEE”⁵⁸.

Passemos, então, à análise pormenorizada desses entes autárquicos reguladores, a saber: Conselho Nacional do Café, Instituto do Açúcar e do Alcool e Conselho Nacional das Telecomunicações (CONTEL).

3. Conselhos da Primeira Metade do Século XX

3.1. Conselho Nacional do Café e o Departamento Nacional do Café

Criado pelo Decreto n. 20.003, de 16 de maio de 1931, o Conselho Nacional do Café era constituído por um representante do Governo Federal e pelos Delegados dos principais Estados produtores⁵⁹. Dentre as atribuições do instituto, destacam-se as seguintes:

- i) Arrecadar a taxa de 15 shillings;

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 159.

⁵⁹ Note-se a figura da representatividade dos administrados, a legitimar as decisões da autarquia, conforme preleciona Vital Moreira.

- ii) Contrair empréstimos, realizar operações de crédito;
- iii) Exercer em todo o país o controle da produção, do transporte, do comércio e do consumo do café, etc.
- iv) Unificação de métodos e normas, seguidas pelos diversos Estados produtores;
- v) Fixação de quotas da colheita a serem recolhidas aos seus armazéns, para a conveniente liberação;
- vi) Imposição de penalidades.

Das atribuições acima colacionadas, deve-se ter em conta a presença de quatro importantes características que também dizem respeito às recentes agências reguladoras: (i) **autofinanciamento**, a partir da arrecadação da taxa acima referida ⁶⁰; (ii) **personalidade jurídica**; (iii) e (vi) **poderes de polícia** perante o setor regulado; (iv) e (v) expedição de normas infralegais, gerais e abstratas – **poder normativo**.

Note-se que teve o Conselho vida curta, justamente por ser um ente dotado de considerável autonomia e estar um tanto afastado do controle estatal. Esse distanciamento se deve ao fato de que, apesar de ser um delegado do Governo Federal o presidente da Comissão Executiva (órgão máximo do Conselho), seus demais membros eram compostos por representantes dos próprios administrados (os grandes produtores de café).

Tal afirmação resta comprovada com os dizeres de Themistocles Cavalcanti, que preleciona:

“Caracterisava-se esse Conselho pela sua ampla autonomia e personalidade jurídica, mas que deslocava a autoridade do Governo Federal, **para um conselho onde predominava a intervenção dos representantes dos Estados**.”

⁶⁰ É o que aponta o § 3º do art. 11 do Dec. 20.003/31, in verbis: “O Conselho Nacional de Café, a que se refere o parágrafo anterior, é o mesmo constituído pelo Convênio dos principais Estados produtores, em 24 de abril passado, e que fica, assim, reconhecido com a qualidade, composição e atribuições que lhe estabelecem as cláusulas 6ª, 7ª, 8ª e 9ª do referido Convênio. Este Conselho será presidido por um delegado especial do Governo Federal, com vencimentos iguais aos dos outros membros da Comissão Executiva do Conselho, e pagos pelos mesmos fundos [Fundo para a Defesa Permanente do Café– § 4º do art. 6º do Dec. 4.548/22]” [grifo nosso].

Essa autonomia ampla contrastava com a amplitude de atribuições de natureza estatal, como a arrecadação, redução, supressão de taxas, disposição de suas rendas, controle de produção, transporte, commercio, consumo do café, etc”⁶¹.

Registre-se que, da mesma forma que ocorre no modelo das atuais agências, o Conselho Nacional do Café era dotado de uma outra característica não menos importante: uma menor ingerência do Poder Executivo na tomada de decisões, devido à **estabilidade de seus dirigentes**. Apenas o caminho percorrido para se chegar a essa estabilidade é que diferia daquele traçado para os hodiernos entes autônomos. No Conselho Nacional do Café, a estabilidade se fazia presente pelo fato de os seus diretores - à exceção daquele nomeado pelo Governo Federal - não poderem ter seu cargo ameaçado pelo chefe do Executivo, pelo fato de serem estes nomeados pelos próprios cafeicultores. Já no atual modelo, a estabilidade dos dirigentes, em maior ou menor grau, se dá pela possibilidade de exoneração dos dirigentes apenas nas hipóteses constantes na lei, não sendo possível a exoneração *ad nutum* pelo Presidente da República.

Em 10 de fevereiro de 1933, o Dec. n° 22.452 instituía o Departamento Nacional do Café em substituição ao Conselho. As atribuições da nova autarquia⁶² eram as mesmas da sua antecessora⁶³, só que desta vez a direção do Departamento ficava a cargo de três membros nomeados pelo Governo Federal. A participação dos administrados, que antes tomavam as decisões de vulto referentes à regulação desse importante setor produtivo da história do Brasil, fora relegada ao segundo plano - à composição de um órgão meramente opinativo. Dispunha o Dec. n° 22.452/33 sobre a criação de um Conselho Consultivo ligado ao Departamento, composto por 11 membros - representantes das associações de lavoura de cada Estado

⁶¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Op. cit. p. 232 [grifo nosso].

⁶² Apesar da denominação, o Departamento Nacional do Café não constituía órgão da Administração Direta, mas sim uma autarquia. Conforme preleciona Themistocles Cavalcanti: “O Departamento Nacional do Café é órgão da administração descentralizada, ente autonomo, que, na technica moderna, denomina-se autarchia” (Cf. CAVALCANTI. Themistocles Brandão. ob cit.p. 233).

⁶³ Cf. Dec. 22.452/33, art. 4°.

produtor (oito membros) e da associação comercial dos estados das cidades do Rio de Janeiro, Santos e Vitória ⁶⁴.

Apesar de ter sua autonomia reduzida, dado o maior vínculo de seus dirigentes ao Governo Federal, o Departamento Nacional do Café teve ampliadas as suas atribuições de órgão fiscalizador e controlador, conforme o magistério de Themistocles Cavalcanti, que assim dispõe:

“As suas atribuições [do Departamento Nacional do Café] são mais amplas, dentro de sua finalidade específica, qual seja a de órgão controlador e regulador da economia cafeeira, exercendo como órgão do Estado e por delegação, funções a elle inherentes, inclusive *actos de imperio* que caracterizam bem essa instituição”⁶⁵.

Apesar de suas atribuições, indiscutivelmente, se aproximarem mais das agências reguladoras, falta-lhe a necessária autonomia frente ao Poder Executivo, estampada na ausência de estabilidade dos dirigentes daquele Departamento.

3.2. Instituto do Açúcar e do Alcool

Criado em 1933, o Instituto do Açúcar e do Alcool nasceu da fusão da Comissão de Defesa da Produção do Açúcar e da Comissão de Estudos sobre o Alcool-Motor. Tinha por finalidade a necessidade de atender à superprodução do açúcar para o consumo do mercado interno; a conseqüente necessidade de assegurar o equilíbrio do mercado açucareiro, conciliando os interesses dos produtores com os do consumidor e; finalmente, a necessidade de derivar para o fabrico do álcool industrial uma parte da produção açucareira.

O órgão máximo daquela autarquia era a Comissão Executiva, composta por um delegado do Ministério da Agricultura, um do Ministério da Fazenda, um do Ministério do Trabalho, um do banco ou consórcio bancário incumbido do financiamento do setor e quatro delegados dos usineiros eleitos na forma do § 1º do art. 1º do Dec.

⁶⁴ Cf. Dec. 22.452/33, art. 3º.

⁶⁵ CAVALCANTI. Themistocles Brandão. Op. cit.p. 233.

22.789, de 1º de junho de 1933. **O mandato dos representantes dos usineiros era de três anos**, conforme o disposto no art. 6º, § 1º, daquele decreto, assim como ocorre com as agências, cujos dirigentes também têm mandato fixo. Há, ainda, um Conselho Consultivo integrado pelos demais delegados não eleitos para a Comissão Executiva.

Com efeito, a estabilidade dos dirigentes, ao menos daqueles não nomeados pelo Poder Executivo, faz-se presente, conferindo-lhe relativa autonomia ao Instituto.

Dentre as atribuições do Instituto, destacam-se as seguintes:

- i) Determinar, periodicamente, a proporção de álcool a ser desnaturado em cada usina, bem como a natureza ou fórmula do desnaturante;
- ii) Fixar os preços de venda do álcool anidro destinado às misturas carburantes e, bem assim, o preço de venda destas aos consumidores;
- iii) Examinar as fórmulas dos tipos de carburantes que pretenderem concorrer ao mercado, autorizando somente os que foram julgados em condições de não prejudicar o bom funcionamento, a conservação e o rendimento dos motores;

Como é de se notar, presentes estão várias atribuições regulatórias hoje comuns às agências (fiscalização de atividade econômica, fixação de preços⁶⁶, etc.). Da mesma forma que ocorreu com o Conselho Nacional do Café, teve o Instituto do Açúcar e do Alcool sua receita oriunda de parte da arrecadação da taxa de 3\$000 (três mil réis), cobrada dos usineiros e destinada à defesa da produção açucareira. Nesse sentido é a dicção do Dec. 22.981, de 25 de julho de 1933, que regulamenta o Instituto em tela:

“Art. 53. As rendas da taxa de 3\$ (sic) por cada saca de 60 quilos de assucar produzidas (sic) em usinas e que for mantida pelo decreto n. 22.789, destinar-se-ão ao custeio de todas as medidas de defesa da produção do assucar e incrementação das industrias do alcool e de seus derivados, previstas no decreto n. 22.789, de 1 de junho de 1933 e

⁶⁶ Nesse aspecto é idêntica a atribuição da ANATEL, qual seja: fixar o preço da tarifa a ser cobrada pelas concessionárias.

nêste regulamento, e bem assim, ao custeio do funcionamento do Instituto do Assucar e do Alcool”.

Outro importante ponto de contato desse Instituto com os atuais órgãos reguladores, refere-se ao caráter definitivo de suas decisões, disposto no art. 67, § 4º, do mesmo decreto⁶⁷. Senão vejamos:

“Art. 67. Nos casos de sonegação da taxa de 3\$000 (três mil réis) estabelecida no decreto n. 22.789, em seu art. 10, ficam os que nele houverem incorrido sujeitos ao pagamento em dobro da respectiva taxa.

§4º Das decisões proferidas, **poderão recorrer os interessados dentro de 15 dias, para o Instituto do Assucar e do Alcool, que julgará o recurso em última instancia administrativa**, ficando, entretanto, o produto retido como garantia do pagamento da multa”.

Detinha, portanto, o Instituto do Açúcar e do Alcool considerável grau de autonomia, vez que o mandato de seus diretores era fixo e estável (pelo menos para parte dos dirigentes), da mesma forma que os do Conselho Nacional do Café. Ademais, flagrante a autonomia financeira e a irrecorribilidade de suas decisões de última instância – mesmo restrita às situações acima descritas. Desta feita, não se pode negar o fato de que o Instituto se afigurava como um ente primitivo dos entes reguladores hodiernos.

3.3. Conselho Nacional de Telecomunicações - CONTEL

Esse Conselho foi criado em 1962, pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (Capítulo IV da Lei 4.117, de 27/08/1962). Apesar de não se situar historicamente como um conselho do início do século já ido, vez que sua instituição se deu um pouco depois da metade do século XX, deve-se referenciá-lo devido a suas particularidades de relevo para o presente estudo.

Inicialmente, há que se fazer algumas ressalvas de ordem conceitual. Apesar de alguns classificarem o CONTEL como uma

⁶⁷ Contudo, não deve passar ao largo que o caráter definitivo das decisões do Instituto não se aplica a todas as situações. Há em seu próprio regulamento a previsão de recurso para o Ministério da Agricultura, nas hipóteses em que houvesse discordância entre o produtor e o Instituto quanto ao limite de produção fixado por este. Vide art. 58, § 5º, do Dec. 22.981, de 25 de julho de 1933.

comissão interministerial⁶⁸⁻⁶⁹, portanto pertencente à Administração Direta, fundados certamente na leitura pouco atenta da letra da lei e ao contexto histórico envolto, há quem veja nesse órgão colegiado características de um ente autônomo. Há vozes que, mesmo admitindo os desajustes do Conselho em questão, não lhe nega a autonomia, ao ponto de compará-lo à autoridade reguladora norte-americana. Esta perspectiva pode ser traduzida nas palavras de Murilo César Ramos ao preceituar que a partir de 1964:

“todas as políticas para as comunicações passaram a se formar e a surtir efeito em decisões tomadas nos gabinetes fechados do Executivo. Desses gabinetes, então, saíram decisões estratégicas como a criação, por decreto, do Ministério das Comunicações (Minicom) em 1967, que assumiria as atribuições do **Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL) - o órgão colegiado criado pelo Código Brasileiro de Telecomunicações, emulado, ainda que frouxamente, na *Federal Communications Commission (FCC)* norte-americana**. CONTEL que iria ser esvaziado progressivamente até sua extinção total nos anos 70, substituído de fato e de direito por um Ministério altamente centralizador e concentrador de poder”⁷⁰. (grifo nosso)

A despeito dessa ou daquela orientação, para os fins do presente estudo, classificar-se-á o referido Conselho pura e simplesmente como uma autoridade autônoma, pois apesar de não se configurar como uma autarquia propriamente dita, dada a ausência de personalidade jurídica, fazem-se presentes outras características não menos importantes como a estabilidade dos dirigentes, a fixidez dos prazos de seus mandatos e a regulação de um setor tido como serviço público, como se verá posteriormente.

Superada essa primeira fase, merece destaque a sua identidade com as atuais agências reguladoras no que respeita às atribuições

⁶⁸ Cf. STANTON, Michael. A administração do Espectro radioelétrico. In: Sociedade Virtual. Disponível na Internet [on line] via URL: <http://www.estadao.com.br/tecnologia/coluna/stanton/2002/dez/30/183.htm> (Consultado em 20/06/2004).

⁶⁹ Cf. MS 19.227/DF, STF, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, Plenário, unânime, julgado em 09/04/1969.

⁷⁰ RAMOS, Murilo César. Saúde, novas tecnologias e políticas públicas de comunicações. In: Saúde & Comunicação: visibilidades e silêncios. PITTA, Áurea Maria da Rocha (org). São Paulo: Hucitec, 1995. p. 69-70.

daquele Colegiado quando de sua instituição, ou seja, antes das amarras legais que o conduziram gradualmente à extinção. Nesse sentido, competia ao CONTEL, dentre outras coisas ⁷¹:

- i) Fiscalizar as concessões, autorizações e permissões em vigor;
- ii) Estabelecer normas técnicas dentro das leis e regulamentos em vigor, visando à eficiência e integração dos serviços do antigo Sistema Telebrás;
- iii) Outorgar ou renovar permissões e autorizações do serviço de radiodifusão de caráter local;
- iv) Estabelecer normas, fixar critérios e taxas para redistribuição de tarifa nos casos de tráfego mútuo entre as empresas de telecomunicações;
- iv) Aplicar multas.

Grosso modo, cumpre observar que tais atribuições de regulação, como fiscalização, regulamentação, outorga de concessões permissões e autorizações e aplicação de penalidades administrativas, em geral, competem atualmente à Agência, ressalvados os casos em que a competência seja do Ministério das Comunicações, por força do art. 211, da Lei Geral das Telecomunicações, e dos arts. 21, XII, *a* e 223, *caput*, da Constituição Federal ⁷².

Compunham o referido Conselho (art. 15 da Lei 4.117/62):

- a) O Diretor do Departamento dos Correios e Telégrafos ou seu representante;
- b) Três membros indicados, respectivamente, pelo Ministro da Guerra, Marinha e Aeronáutica;

⁷¹ Em verdade, o CONTEL assumia atribuições de ente regulador (implementação de políticas públicas) e de Ministério (elaboração de políticas públicas) a um só tempo. Exemplo disso é a atribuição de elaboração do Plano Nacional das Telecomunicações, aprovado pelo Presidente da República mediante decreto. Havia, também a revisão quinquenal do referido plano a ser submetido à aprovação do Congresso Nacional (art. 64 do Dec. 52.026/63 – que regulamenta do CBT).

⁷² Referem-se esses artigos aos casos de outorga ou renovação de concessão, permissão ou autorização para prestação dos serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens, que ainda fica sob a responsabilidade do Ministério das Comunicações.

- c) Um membro indicado pelo Chefe do Estado Maior das Forças Armadas;
- d) Quatro membros indicados, respectivamente, pelos Ministros da Justiça e Negócios Interiores, da Educação e Cultura, das Relações Exteriores e da Indústria e Comércio;
- e) Três representantes dos três partidos políticos de maior representação na Câmara dos Deputados, observada a hipótese do § 1º, do art. 15 do CBT;
- f) O Diretor, ou representante por ele indicado, da empresa pública que terá a seu cargo a exploração dos troncos do Sistema Nacional de Telecomunicações e serviços correlatos (Embratel);
- g) O Diretor Geral do Departamento Nacional de Telecomunicações – sem direito a voto.

Em 1968, deu-se início à derrocada do Conselho. Neste ano editou-se a Lei nº 5.535, de 20 de novembro de 1968. Esta norma assentou que o presidente do Conselho seria o chefe do recém-criado Ministério das Comunicações (art.2º). Patente foi a restrição da autonomia do “órgão”, agora chefiado pelo “homem” do Governo Federal responsável pela pasta das comunicações. Dispôs também que, mediante ato do Poder Executivo, o CONTEL seria classificado a partir de então como “órgão” de deliberação colegiada (art. 5º). Essa foi mais uma tentativa para retirar sua autonomia assegurada em lei.

Mencione-se ainda uma curiosidade que vem reforçar a idéia de que o CONTEL era dotado de relativa liberdade. Pouco depois dessa franca tentativa de minimizar ao máximo os poderes do órgão colegiado em apreço, o Governo Costa e Silva editou o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Dispunha o referido ato que, a partir daquela data, estariam suspensas as garantias constitucionais ou legais da estabilidade e do exercício de funções por prazo certo. Eis o teor do art. 6º, *ipsis verbis*:

“Art. 6º. Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

§ 1º. O Presidente da República poderá, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e, demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço”.

A transcrição acima é suficiente para ilustrar o intuito dos militares da época em concentrar poderes. Por óbvio, o Governo Militar (1964-1985) foi um período da história em que se limitou a autonomia das autarquias, e porque não do próprio CONTEL. Há registros de inúmeras exonerações de dirigentes de autarquias e do CONTEL, em flagrante violação à estabilidade e à fixação de prazos para os mandatos, direitos esses prescritos em lei.

Não bastassem as restrições acima elencadas, o Executivo editou o Decreto nº 70.568/72. Estabelecia a referida norma, em seu artigo primeiro, o total esgotamento de atribuições daquele colegiado. Passariam as funções antes de incumbência do Conselho para o Ministério das Comunicações. A esse respeito, vale trazer à colação o dispositivo em apreço:

“Art 1º **As atribuições cometidas ao Conselho Nacional de Telecomunicações**, na forma da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, alterada pelos Decretos-leis nºs. 200, de 25 de fevereiro de 1967, e 236, de 28 de fevereiro de 1967 e Lei nº 5.535, de 20 de novembro de 1968, **são incluídas na competência geral do Ministro das Comunicações.**

Parágrafo único. O acervo do Conselho Nacional de Telecomunicações será transferido para os órgãos do Ministério das Comunicações, determinados pelo Ministro” (grifo nosso) .

Após o completo esvaziamento de suas atribuições, foi o CONTEL transformado em um órgão à disposição do Ministro das Comunicações para lhe prestar assessoria. Para o exercício de tal ofício alterou-se-lhe o nome. Passava a se chamar a partir de então “Conselho Nacional de Comunicações” (CNC). Extinguia-se com isso o CONTEL. Eis a dicção do art. 4º do decreto em tela, *in verbis*:

“Art 4º É criado, no Ministério das Comunicações, por transformação do Conselho Nacional de Telecomunicações, o Conselho Nacional de

Comunicações (CNC), com a finalidade de assessorar diretamente o Ministro das Comunicações em assuntos concernentes a Serviços Postais e de Telecomunicações”.

4. A Estabilidade dos Dirigentes das Autarquias Federais na Visão do Judiciário

A despeito de, por diversas vezes, a lei conferir certa margem de liberdade aos dirigentes, por conferir-lhes estabilidade do mandato – seja pela fixação de prazo certo, seja pela restrição legal das hipóteses de exoneração –, é de se notar o tratamento histórico dispensado a estes agentes públicos pelo Judiciário.

Analisando o histórico da jurisprudência do STF no tocante a exoneração dessa categoria de agentes públicos, nota-se, de início, uma visão individualista e patrimonial dos ministros daquela corte. Em resumo, pode-se dizer que diante da exoneração imotivada do dirigente de uma dada autarquia, a Suprema Corte, por diversas vezes interveio para assegurar os direitos patrimoniais do agente público injustamente exonerado. Desta feita, o STF determinava o ressarcimento dos valores relativos à remuneração do período compreendido entre o afastamento do cargo e o término do mandato.

Posteriormente decidiu a Suprema Corte que deveria ser o agente público reintegrado à função, por entender que a questão não se refere apenas a questão meramente patrimonial e individual, referindo-se, sim, a algo maior, à observância da legalidade. Isto com fundamento na própria Constituição de 1934. Nesse sentido, vale trazer à colação trecho do voto do Ministro Luiz Gallotti, que no julgamento do MS. 8.693-DF, asseverou:

“Sustentou-se na informação oficial que, a existir direito, êsse só teria de ser reconhecido quanto aos efeitos patrimoniais, não no tocante ao exercício da função.

O argumento seria válido, na era anterior à Constituição de 1934.

Naquele tempo, o Poder Judiciário não reintegrava o funcionário ilegalmente demitido. Apenas lhe anulava a demissão, assegurando-

lhe as vantagens do cargo. Resultava então que, se o Poder Executivo não fazia a reintegração, o Tesouro sofria o ônus de duplo pagamento por um só cargo: ao demitido ilegalmente e ao nomeado para o seu lugar.

E uma das grandes virtudes do mandado de segurança, criado pela Constituição de 1934, é libertar rapidamente o Tesouro desse duplo ônus.

Essa Constituição (art. 173), assim como a de 1946 (art. 190), são expressas no determinar que, invalidada por sentença a demissão de qualquer funcionário, será êle reintegrado, e quem lhe houver ocupado o lugar ficará destituído de plano ou será reconduzido ao cargo anterior mas sem direito a indenização” ⁷³ (grifo nosso).

Assim, passou-se do ressarcimento pecuniário à reintegração ⁷⁴.

Cumprе informar, contudo, que essa situação não perdurou. No julgamento do MS n° 8.693-DF, julgado em 17 de novembro de 1961, posicionou-se o STF de forma diversa. Cuidava-se de *writ* que tinha por intuito anular o ato de exoneração de membro do Conselho Administrativo do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, exarado pelo Presidente da República.

O substancioso julgado traz em seu corpo relevantes questões acerca do tema, de modo que se torna imperioso uma análise atenta dos argumentos a favor e contra a exoneração do dirigente, bem como dos respectivos contra-argumentos.

4.1. Argumentos a favor da exoneração

4.1.1. Poder de exonerar implícito ao poder de nomear

Para alguns Ministros do STF, capitaneados pelo Ministro Ribeiro da Costa, parecia óbvio que imanente ao poder de nomear é o poder

⁷³ Cf. MS 8.693-DF, STF, Rel. Min. Ribeiro da Costa, Plenário, por maioria, julgado em 17/11/1961.

⁷⁴ Essa postura de benevolência para como o funcionário exonerado pode ser comprovada a partir da leitura dos seguintes julgados do STF: MS 2.817; RE 24.432, RE 25.035 e; RE 29.050.

de exonerar. Eles desenvolveram uma construção teórica, lastreada em comparativo com o instituto do mandato, previsto no Código Civil de 1916, à época vigente. Assim, entendiam que a nomeação, pelo Presidente da República, de pessoa para cargo de confiança equiparava-se, com as devidas proporções, com o instrumento de mandato do direito civil ⁷⁵.

4.1.2. A redação do inciso V do art. 87 da CF/1946

Constituiu esse o principal argumento para justificar a alteração do posicionamento do STF diante da exoneração de cargos com prazo certo de mandato. Em resumo, alegava-se que o texto das Constituições de 1934 e 1937 dispunham, ao tratar da competência privativa do Presidente da República para provimento de cargos federais, que este deveria observar as ressalvas previstas na própria Constituição **e nas leis**. Eis o teor do dispositivo a que se refere a Constituição de 1934:

“Art. 56. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

14, prover os cargos federaes, salvas as exceções previstas na Constituição e nas leis;” ⁷⁶

Praticamente idêntica era a redação da Constituição de 1937. Vejamos:

“Art. 74. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

l) prover os cargos federais, salvo as exceções previstas na Constituição e nas leis;” ⁷⁷.

⁷⁵ Não atentaram os Ministros do STF da época para um fato relevante. O próprio Código Civil prevê o instituto do mandato irrevogável. Desta feita se houver realmente alguma relação entre o mandato e a nomeação a prazo certo, esta última estaria melhor identificada com o instituto da irrevogabilidade dos mandatos, só que por prazo determinado, tendo em vista os ditames da lei. Vide a esse respeito o art. 1.317 do CC/16.

⁷⁶ CAMPANHOLE, Adriano; et CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 635.

⁷⁷ *Idem*. p. 547.

Assim, interpretou-se que antes da Constituição Federal de 1946 o Presidente da República não poderia exonerar esse tipo de servidor público, pelo fato de a lei estabelecer expressamente uma ressalva à exoneração arbitrária, qual seja: a fixidez dos mandatos.

Após a CF/1946, a matéria em comento passou a ser tratada da seguinte forma:

“Art. 87. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

V- prover na forma da lei e com as ressalvas estatuídas por esta Constituição, os cargos públicos federais”⁷⁸.

Conforme o voto do Min. Ribeiro da Costa:

“O que se entende e se deve compreender, em face dessas duas ressalvas [da CF/1934 e da CF/1937] é que, na vigência dessas Constituições, o Presidente da República poderia nomear e desnomear, respeitando as restrições constitucionais e também aquelas previstas em lei.

Foi este o caso do Dr. Demócrito Barreto Dantas, que, nomeado sob o império da lei, na Constituição de 37, estava garantido com aquilo que a lei outorgara: mandato de quatro anos. Esse mandato não podia ser abolido, abrogado, por ato do Presidente da República. Ele não tinha, a esse tempo, a faculdade de fazê-lo. Teria de respeitar a lei. O Presidente não respeitou a lei, a Justiça garantiu os proventos do servidor até o término do prazo do mandato. Mas a atual Constituição [de 1946] voltou ao princípio estatuído na Constituição de 1891, prescrevendo que compete privativamente ao Presidente da República prover, **na forma da lei** e com as ressalvas estatuídas nessa Constituição, os cargos públicos federais. Na forma da lei, quer dizer: prover para determinado fim, para esse cargo de tal categoria, etc. Nomear vitalícios, nomear interinos, nomear por concurso, nomear para cargo isolado, para cargo definitivo, etc., os funcionários, mas com as ressalvas contidas na Constituição. Exclusivamente!

Ora, a Constituição não possui nenhuma ressalva impeditiva à desnomeação daqueles mandatários do anterior Presidente da República que estavam exercendo funções por prazo determinado. Assim, o novo Presidente da República podia livremente desnomear e

⁷⁸ Idem. p. 429.

investir naqueles cargos pessoas de sua exclusiva confiança. E entendo que esse dispositivo é sábio e merece aplauso.”⁷⁹.

Ou seja, conferiu-se a este dispositivo constitucional interpretação questionável, de modo a afastar as restrições que a lei porventura viesse conferir ao poder de prover/exonerar cargos públicos federais do Presidente da República. Restaram, segundo o voto do Ministro Relator Ribeiro da Costa, apenas aquelas restrições outras de natureza constitucional, que, em verdade inexistiam.

O contra-argumento a essa tese partiu do Ministro Nunes Leal, que trouxe o real significado da expressão “na forma da lei” contida no dispositivo da Constituição de 1946. Segundo Victor Nunes Leal:

“Funda-se o argumento em que a vigente Constituição emprega o vocábulo restrições em correspondência com ela própria, fazendo supor que somente as restrições constantes do texto constitucional seriam legítimas. O argumento, vênia concessa, não atenta para uma circunstância: o art. 87, n. V, da Constituição, o que define é competência do Presidente para prover cargos públicos. Em conseqüência, as limitações ali contidas, são endereçadas ao poder executivo, e não ao legislativo; em outros termos, a alusão, ali feita, às restrições estabelecidas na Constituição compreende os casos em que a competência para prover cargos públicos federais não pertence ao Presidente, mas a outros poderes, isto é, ao Congresso e aos Tribunais, no que se refere às respectivas secretarias.

Esta observação desloca o debate para a locução na forma da lei, que se lê na mesma norma constitucional: prover os cargos federais, na forma da lei. Pretende-se que esta expressão apenas significa: de acordo com as formalidades estabelecidas na lei. O argumento, data vênia, não procede, porque a expressão na forma da lei, segundo o entendimento correto e correntio, quer dizer: na conformidade da lei, consoante a lei, segundo a lei, segundo o que dispuser a lei...

É claro que a lei não pode dispor tudo, porque está, por sua vez, sujeita às limitações constitucionais, mas não é o art. 87, n. V, o dispositivo que regula tais limitações, e sim, todo o conjunto das normas constitucionais que estruturam nosso regime político-jurídico. O que transluz, portanto, do art. 87, n. V, é que o poder, que tem o Presidente

⁷⁹ Cf. MS 8.693-DF, STF, Rel. Min. Ribeiro da Costa, Plenário, por maioria, julgado em 17/11/1961. p. 104.

da República, de prover os cargos públicos federais, se exercerá de conformidade com a lei. Pode, assim, o Legislativo condicionar o exercício desse poder, em termos compatíveis com os demais dispositivos da Constituição. A sua competência não é apenas para estabelecer as formalidades aplicáveis, mas também os pressupostos do provimento dos cargos públicos”⁸⁰.

Também refutou esse ponto o Min. Gonçalves de Oliveira, trazendo a lume a existência de precedentes da Excelsa Corte que julgou contrariamente à exoneração em hipóteses semelhantes depois da vigência da Constituição de 1946. Vale registrar, portanto, trecho do julgado que assim dispõe:

“Recordo-me que, em 1947, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou um mandado de segurança impetrado por Durval Cezar Magalhães, demitido pelo Presidente da República da presença (sic) da Caixa de Aposentadoria e Pensões da *Great Western* para a qual tinha mandato por prazo certo; êste Tribunal, examinado o mandado de segurança interposto, concedeu a segurança, por unanimidade de votos (...) No caso a que me refiro, o mandato também era de cinco anos e Durval Cezar Magalhães havia sido exonerado pelo Presidente da República. Há igualmente, outros casos, como os da Caixa Econômica, de que diretores foram demitidos, na vigência da Constituição de 1937 e, também, depois desta, demissões ocorridas na vigência da Constituição de 1946”⁸¹.

4.1.3. *O fato de se tratar de cargo de confiança*

O argumento político que embasou o entendimento dos que denegaram a segurança, centrava-se na questão da governabilidade. Ou seja, não poderia o Presidente da República ter na cúpula administrativa das autarquias, geralmente ligadas a setores importantes do governo, pessoas não afinadas a suas orientações políticas ou ao seu *modus operandi*, sob pena de desacertos na própria Administração Pública. Nesse sentido, vale transcrever o trecho do voto do Min. Rel. Ribeiro da Costa, *ipsis verbis*:

⁸⁰ Cf. Idem. p. 113-114.

⁸¹ Cf. Idem. p. 158-159

“Penso, Senhor Presidente, que devemos ter em vista o lado político da questão, político no sentido de medida que atende ao interesse da Nação, de medida propiciadora da regulação dos atos administrativos do País. Política neste sentido. Isto me conduz a admitir que, em relação a certos setores desmembrados da administração pública, o Presidente da República, o Chefe do Poder Executivo, não pode ter as suas mãos presas. Ele há de ter liberdade de ação, e essa liberdade de ação seria negativa inteiramente, se, ao pretender realizar, o Presidente não tivesse, para a execução dos atos que imagina ou quer empreender, servidores em cuja ação possa confiar.

Penso que o problema é este. É um problema a respeito do qual todos nós, brasileiros, devemos compreender que a ação governamental executiva não se pode fazer sentir sem que isso se realize (...)

Entendo que o Presidente pode praticar êsse ato, pode e deve praticá-lo tôda vez que julgar necessário fazê-lo. Não posso compreender que, ao fim do exercício do Poder Executivo, quando estava próximo a inaugurar-se um outro período governamental, o Presidente anterior pudesse nomear certos funcionários de sua confiança para exercerem aquêles cargos, invadindo a área da ação do novo Presidente da República, impedindo que o novo Presidente pudesse descortinar o seu programa administrativo, dispondo dos meios necessários a isso, entre os quais avulta, evidentemente, a ação dinâmica dos seus mandatários, que são êsses conselheiros, presidentes de institutos, membros de diretorias, etc”⁸².

Apesar do entendimento externado na transcrição acima, houve vozes no STF que se firmaram no sentido de que fora essa a real intenção do legislador ordinário ao estabelecer prazo aos mandatos desses servidores. Retirar a carga de subordinação das autarquias ante o governo, de modo a conferir-lhe autonomia para implementar os planos para elas traçados. O propósito era de continuidade e de segurança, e não de descontinuidade, de incerteza e de variações políticas, tão maléficas aos setores regulados. Bem ilustram essa corrente as palavras do Min. Nunes Leal, *in verbis*:

“O cargo que a lei dotou com a investidura de prazo certo não pode ser tido como função de confiança, porque é justamente o oposto dela,

⁸² Cf. Idem. p. 95-98

sendo antinômicos os propósitos do legislador num e noutro caso. Permitam-me repetir um trecho da decisão da Corte Suprema, no caso *Humphrey*, repetida no caso *Wiener*: ‘quem exerce o cargo somente enquanto agrada a outro, não pode, por isso mesmo, manter uma atitude de independência ante a vontade dêsse outro’.

O objetivo do legislador, com a investidura de prazo certo, é justamente tornar o titular do cargo independente das injunções do Chefe do Poder Executivo. Pode errar o legislador, ao adotar esse critério, em relação a tal ou qual serviço a que concede autonomia, mas não cabe ao Judiciário corrigir a política do Poder Legislativo. Se o que visa o Legislativo é, justamente, tornar determinado funcionário independente, no exercício de suas atribuições, como podemos nós dizer, ao contrário da lei, que êsse funcionário exerce função de confiança, que o tornaria inteiramente submetido ao Chefe do Governo?”⁸³.

4.2. Argumentos contra a exoneração

Contra a exoneração, afóra os contra-argumentos já esposados, há outros de igual calibre que reforçam a tese contrária à exoneração dos membros da diretoria dos entes autárquicos.

Sobressai, nesse caso, a exposição do Min. Victor Nunes Leal que, ao trazer a experiência estadunidense, assevera ser prejudicial à ordem jurídica o referendo do Judiciário no que respeita à dita exoneração. Como já foi exposto anteriormente, optou a Suprema Corte norte-americana pela legalidade.

Segundo o relato do Min. Nunes Leal⁸⁴, em 25 de julho de 1933, o Presidente Roosevelt endereçou uma carta a determinado conselheiro da FTC (*Federal Trade Commission*), pedindo sua resignação, ao fundamento de que objetivos e propósitos do então Presidente, relativos à condução dos trabalhos da referida comissão, poderiam ser levados a efeito de forma mais eficaz com o pessoal de sua própria escolha.

⁸³ Cf. *Idem*. p. 132.

⁸⁴ Cf. MS 8.693-DF, STF, Rel. Min. Ribeiro da Costa, Plenário, por maioria, julgado em 17/11/1961.

O conselheiro, por seu turno, insistia em sua permanência, apesar da pressão em sentido contrário. Depois de algumas correspondências sobre o assunto, o então Presidente, em 7 de outubro de 1933, remeteu ao conselheiro a seguinte mensagem: “A partir desta data, o senhor está demitido do cargo de Conselheiro da Comissão Federal do Comércio”.

Chegando o caso à Suprema Corte estadunidense, entendeu aquele órgão julgador ser mais valioso do que a alegada conveniência administrativa o princípio da independência do órgão dotado, por lei, de autonomia.

Relata esse mesmo ministro do STF trecho da ementa do caso em tela, *in verbis*:

“A lei que permite ao Presidente demitir membros da Comissão Federal do Comércio por ineficiência, negligência no cumprimento do dever ou má conduta no exercício da função, interpretada no sentido de limitar o poder de demitir do Presidente à ocorrência dos motivos mencionados, estabeleceu legítima restrição à competência do Executivo (...) O poder do Presidente de demitir os membros da Comissão Federal do Comércio é limitado à demissão pelos motivos específicos enumerados na lei”⁸⁵.

Outro argumento foi aduzido pelo Min. Luiz Gallotti e trata da relação provimento/demissão. Isso porque a corrente favorável à exoneração entendia, como já se disse antes, que o poder de exonerar decorre do poder de prover. Em outras palavras, asseveravam, com base na comparação feita ao provimento de cargos dos membros dirigentes das autarquias com o mandato do direito civil, que o poder de exonerar nada mais era do que uma decorrência lógica do poder de nomear. Com base nisso, fundamentaram toda a teoria no já citado art. 87, V, da Constituição de 1946.

O Min. Luiz Gallotti, por entender diversamente, aludiu à questão nos seguintes termos:

“O que se diz é que ela [a Constituição de 1946], no art. 87 n° V, dá competência privativa ao Presidente da República para prover na

⁸⁵ Cf. Idem. p. 120-121.

forma da lei os cargos públicos federais, competência que, como está no texto, só é limitada pelas ressalvas constantes da própria Constituição, enquanto as Constituições de 1934 e 1937 também admitiam exceções previstas em leis ordinárias.

Ocorre, porém, que prover é nomear.

Cogita-se da regra de provimento, não das regras de demissibilidade. Destas cuidou a Constituição em outros artigos (187 e seguintes).

Já acentuei, em votos reiterados que não se confundem as normas de provimento com as relativas à demissibilidade, tanto que livre nomeação não importa livre demissão, salvo quando a lei declara o cargo de livre nomeação e demissão (é o que está expresso no parágrafo único do art. 188 da Carta Magna).

Se se tratasse de funcionário público propriamente dito, ainda seria possível objetar que não pode a lei ordinária criar casos de estabilidade além dos previstos na Constituição (...)

Entretanto, todos reconhecem que, no caso, não se trata de funcionário público propriamente dito”⁸⁶.

Encerrado o julgamento, sobreveio a decisão de mérito. Malgrado os fortes argumentos suscitados pelos Ministros Victor Nunes, Luiz Gallotti, Gonçalves de Oliveira e Villas Boas, no sentido de se manter a jurisprudência do STF – e com isso se resguardar a inviolabilidade do mandato do membro da autarquia – prevaleceu por apertada maioria o voto do Ministro Relator, Ribeiro da Costa, que denegava a segurança. A partir de então a orientação do STF no tocante ao tema levantado tomou sentido diametralmente oposto.

Após o julgamento do MS 8.693-DF, pacificou-se a jurisprudência do STF no sentido de se permitir a exoneração *ad nutum* dos dirigentes de autarquias, mesmo quando previsse a lei a estabilidade de mandatos (enumerando as hipóteses em que a ocorreria a exoneração, ou a demissão em caso de falta grave), bem como a fixação de prazo certo para os referidos mandatos⁸⁷.

⁸⁶ Cf. Idem. p. 193-194.

⁸⁷ Retratam perfeitamente essa nova postura os seguintes julgados do STF: MS 8.615; MS 8.651; MS 8.778; MS 11.050; MS 18.697; MS 19.227 e; MS 19.493.

O conseqüente lógico de reiterados julgados em um mesmo sentido foi a edição da Súmula STF n° 25, que continha o seguinte enunciado:

“A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia”.

Especificamente tratando da estabilidade do membro do CONTEL, há um julgado do Excelso Pretório, que conforme o acima exposto nega liminarmente a segurança, por entender que no caso não se fazem presentes a certeza e a liquidez do direito. Cuida-se do MS 19.227-DF, STF, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, Plenário, por unanimidade, DJ 20/08/69.

Convém, contudo, mais uma vez situar historicamente o leitor para que não haja qualquer mal-entendido. O fundamento da negativa da segurança fundava-se, basicamente em dois pontos, nomeadamente: (i) o fato de não se tratar o CONTEL de ente autárquico, mas sim de órgão da Administração Direta⁸⁸; (ii) o fato de a reforma administrativa haver integrado o Conselho ao Ministério das Comunicações⁸⁹, justificando-se a exoneração do membro do Conselho, por, talvez, não mais se adequar às novas funções do colegiado.

5. Conclusão

A regulação de setores da economia por entes que compõem a Administração Indireta, como se pôde verificar, configura uma atuação que remonta ao início do século XX. A análise do perfil dos reguladores hodiernos, permite-nos delinear os traços característicos destes e, a partir daí, torna-se possível o estabelecimento de um quadro comparativo entre as autarquias de outrora e o modelo regulatório vigente.

⁸⁸ Registre-se que essa declaração é posterior à integração do CONTEL ao Ministério das Comunicações e a sua decorrente perda de atribuições, tendo em vista o disposto na Lei n° 5.535/68. Desse modo, a declaração do Min. Themístocles Cavalcanti deve ser recebida com temperamentos.

⁸⁹ Este tema foi tratado com maior profundidade no tópico 3.3. do presente trabalho.

Lamentavelmente, o exemplo mais robusto de agência reguladora – a Comissão Federal de Recursos Hidráulicos – não chegou sequer a existir. Do contrário, a celeuma criada em torno do tema das agências, certamente, já estaria superada, e boa parte do presente estudo restaria prejudicada.

Contudo, não se deve descurar das demais autarquias da época, pois, mesmo que não reflitam exatamente o corrente modelo das agências, indiscutivelmente, trazem em si alguns traços que as aproximam dele. O primeiro refere-se à identidade das funções regulatórias concernentes aos conselhos e ao instituto objeto de estudo.

Posteriormente, observou-se nesses entes reguladores uma considerável autonomia em relação ao Executivo, seja pela forma de obtenção de suas próprias receitas, a indicarem uma autonomia financeira (recolhimento de taxas), ou pela previsão legal que salvaguardava a definitividade das decisões de última instância do conselho (mesmo que de forma modesta).

A autonomia daqueles entes reflete, ainda, a pouca ingerência estatal na tomada de decisões daqueles conselhos, atribuída às garantias conferidas a seus dirigentes: mandato fixo (como ocorria com o Instituto do Açúcar e do Alcool, no caso dos membros representantes dos usineiros) e estabilidade do mandato (como no caso do Conselho Nacional do Café e do CONTEL).

Parte considerável da doutrina já vislumbrava, àquela época, a necessidade da descentralização. Percebiam a “*impossibilidade material e técnica, para a administração centralizada, de atender com eficiência a multiplicidade crescente dos serviços que vai tomando a incumbência*”⁹⁰. Da mesma forma que ocorre no presente momento com a administração independente, a pluralidade e a complexidade dos diversos setores da economia vinham direcionando a atuação do Estado descentralizador, bem como o Direito, que tende a caminhar para frente, embora relutante às novas situações do mundo real que se apresentam e que exigem uma nova postura, novos institutos.

⁹⁰ FONSECA, Tito Prates da. Op. cit. p. 16.

Por óbvio, não se espera que em cada uma das antigas autarquias se façam presentes todas as características das atuais autarquias especiais. O presente estudo possibilita a verificação da estreita ligação entre a regulação passada e a contemporânea, como no caso da estabilidade dos membros do CONTEL e da irrecorribilidade das decisões de última instância do Instituto do Açúcar e do Alcool.

Uma variação no grau de autonomia não pode impedir a conformação desses dois institutos em uma mesma classe. Aliás, como se pôde ver, há variações dessa natureza, inclusive, entre as atuais agências reguladoras. Desarrazoado, portanto, exigir um nivelamento por alto do grau de autonomia dos entes autônomos de um passado remoto, mormente em um momento histórico em que o Estado passava a experimentar a “coqueluche” da descentralização administrativa por serviços (administração autônoma institucional), da delegação de competências a entes autônomos prestadores de um “*serviço público especial*”⁹¹.

É previsível o fato de o novo causar estranheza. Entretanto, o motivo da repulsa – frente aos órgãos reguladores – por parte da doutrina não se justifica pelos argumentos aqui colocados. Não se trata de uma inovação inadequada ao modelo de direito romano-germânico, segundo alguns, mas, sim, de uma adaptação a um modelo regulatório já implantado que, apenas, sofreu algumas alterações. De resto, fica a essência dos entes reguladores, que esteve desde o início do Brasil-República e resiste até os dias de hoje.

Verificada a genealogia das atuais agências nacionais, chega-se à interessante conclusão. Caso o poder normativo das agências, por suposta extrapolação do poder regulamentar, ferisse o princípio da indelegabilidade da função legislativa, então, seria forçoso aceitar que essa violação não é recente. O poder regulamentar dos conselhos era, em suma, idêntico ao das agências, fundado, inclusive, nas mesmas razões de especialidade técnica do setor a ser regulado.

O mesmo raciocínio se utiliza para a alegação de incompetência para expedir regulamentos, ante a competência privativa do Chefe

⁹¹ Cf. FONSECA, Tito Prates da. Op. cit. p. 20.

do Executivo para esta finalidade, insculpida no art. 84, inciso II, da Constituição Federal de 1988. De há muito as autarquias baixam normas regulamentares do setor que lhes corresponde. Registre-se que já existia, na vigência da Carta Política de 1891, dispositivo constitucional (art. 48, § 1º) que conferia ao Presidente da República a competência privativa para baixar regulamentos para a fiel execução da lei, nos mesmos termos em que a Constituição de 1988 o faz no art. 84, inciso IV. No entanto, somente agora se tem questionado esse poder das agências, quando na verdade ele é exercido há décadas.

No que respeita ao enunciado da Súmula STF nº 25, pergunta-se: o que impediria uma hipotética exoneração *ad nutum* dos atuais dirigentes das agências reguladoras, dotados de mandatos por prazo certo, bem como da estabilidade de mandatos? Considere-se o fato de que nos julgados posteriores ao *leading case* (MS 8.693-DF) os dirigentes, não raras vezes, também eram dotados das mesmas prerrogativas.

A resposta, talvez resida em ponto interessante. A diferença entre os antigos dirigentes e os atuais membros diretores das agências reguladoras está no fato de estes últimos, para alcançarem os referidos postos na Administração Indireta, necessitam passar pela sabatina e aprovação do Senado Federal. E o que se revestia de mero detalhe, na verdade, identifica-se como uma garantia contra a exoneração desmotivada ou arbitrária, daqueles membros dos conselhos das agências.

A reforçar a proposição supra, aponta-se o voto do então Ministro do Pretório Excelso Aliomar Baleeiro, proferido já nos idos de 1968, que vislumbrou temperamentos à aplicação da Súmula STF nº 25, nos casos em que a nomeação do dirigente dependa da prévia aprovação do Senado. Eis o trecho do julgado:

“Não é que eu tenha amor ao conteúdo do senso jurídico (tenho horror à palavra “jurisdicidade”), a jurisdicidade, se quiseres, ou espírito de justiça, ou mesmo à interpretação contida na conhecidíssima Súmula 25, que permite ao Poder Executivo, independente de motivação, ou seja, discricionariamente, dispensar aqueles servidores públicos nomeados a termo para os cargos de direção ou conselho de autarquias, notadamente as chamadas Caixas Econômicas, Bancos de Estado, etc.

Eu não amo essa fórmula, porém ela é consagrada, é uma das mais antigas Súmulas do Supremo. Assim, ao receber êste caso, em que um funcionário público, nomeado para Diretor da Caixa Econômica do Piauí pelo Presidente Castelo Branco, foi exonerado, em 67, por ato do atual Presidente, eu, pura e simplesmente, apliquei a Súmula, no mais breve dos votos, sem mesmo alongar o relatório (...) Realmente, a jurisprudência é calcada na realidade, sobretudo nessa diferença que fez o eminente Ministro, dos casos em que o funcionário é nomeado por uma espécie de cooptação, colaborando na escolha, pelo menos por consentimento e aprovação, o Senado Federal. **Nesses casos, talvez a minha “deformação” antiga, de político parlamentarista, gostasse de fazer prevalecer a tese de que, sem a colaboração do Senado, êle não poderia ser demitido, mas isso é matéria que não podemos mais discutir.**

Não sei qual a orientação que o Supremo Tribunal pode tomar neste caso. Se êle se pronunciasse de acordo com a tese de que a Súmula não poderá ser aplicada no sentido cru, absoluto, eu me inclino a aceitá-la”⁹²⁻⁹³.

Aliás, não é outro o entendimento majoritário da doutrina especializada, que, ao tratar da temática em comento, vislumbra a necessidade de observância do mesmo percurso utilizado para a concreção do ato complexo⁹⁴ quando da sua extinção⁹⁵. Em outras palavras, no que respeita ao ato administrativo complexo, sua extinção deve reunir a manifestação de todos aqueles órgãos que participaram para a formação do ato. Deve-se, para a desconstituição do ato, atentar para os mesmos requisitos necessários à sua concepção. Funda-se essa posição no princípio do paralelismo das formas.

⁹² Cf. MS n° 18.689/DF, STF, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, Plenário, maioria, julgado em 21/05/1969 (grifo nosso).

⁹³ Aliás, no que concerne ao ato administrativo complexo em geral, o STF, já manifestou-se por diversas vezes pela preservação do ato no caso de extinção declarada sem a participação das demais autoridades envolvidas quando da criação do ato. Confira-se a esse respeito: AI n° 26.442/ES; RMS n° 9.680/PR; RMS 452/MT; RMS 3.881/SP (todos julgados do Supremo Tribunal Federal).

⁹⁴ Vide nota 32.

⁹⁵ Os atos administrativos extinguem-se por: (i) cumprimento de seus efeitos; (ii) desaparecimento do sujeito ou do objeto; (iii) renúncia e; (iv) retirada. Esta última forma de extinção, por seu turno, subdivide-se em: (a) revogação; (b) invalidação; (c) cassação; (d) caducidade e; (e) contraposição. Nesse sentido, confira-se: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. ob cit. p. 217.

Na esteira da orientação acima, vale trazer a colação o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, relativo às limitações ao poder de revogar da Administração Pública. Vejamos:

“Pelo contrário [em oposição aos atos abstratos], no caso dos atos concretos a revogação quer fazer cessar uma relação presente, para dispor de outro modo. Respeita os efeitos passados, mas alcança uma relação atual, presente, pondo um termo final em seus efeitos. Portanto, atinge uma concreta relação jurídica já constituída. **Eis por que geram situações irrevogáveis:**

(...)

g) os chamados atos complexos, em que para constituição de um certo efeito jurídico é necessária a integração de vontades de diferente órgãos administrativos, sendo todas expressões da administração ativa. É que uma só vontade não pode modificar o que a lei fez depender do concurso de mais de uma” ⁹⁶⁻⁹⁷.

Feito o resgate jurisprudencial e doutrinário, é de se perquirir sobre a existência de dispositivo legal que contemple e materialize o princípio em tela. Em que pese o fato de as leis instituidoras das diversas agências não fazerem menção expressa ao atendimento desse princípio – ao tratarem das hipóteses de perda de mandato dos seus dirigentes – é de se apontar para uma que merece especial atenção.

Referimo-nos a Lei n° 8.884/94. Esta, em seu artigo 4° prevê forma de investidura de seus membros do conselho assemelhada, senão idêntica, a das agências reguladoras (em especial a da Anatel). Eis o teor do referido artigo, *in verbis*:

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 419.

⁹⁷ Em verdade não se pode dizê-los irrevogáveis. Trata-se de hipótese de “limites ao poder de revogar”, como dispõe o próprio autor no tópico que inicia a discussão acerca do tema. É de se registrar que apenas deve-se observar o já mencionado princípio do paralelismo das formas, já reconhecido na doutrina administrativista e ilustrado nos dizeres de Sandra Julien Miranda: “informa o sistema de extinção do ato administrativo complexo o princípio do paralelismo das formas, a querer significar que o ato não pode ser objeto de desfazimento ou retratação por iniciativa exclusiva de apenas um dos órgãos que participaram de seu nascimento. É necessário que se observem exatamente os mesmos trâmites legais seguidos em seu processo de formação, com o pronunciamento de todos os órgãos envolvidos” (MIRANDA, Sandra Julien. Do Ato Administrativo Complexo. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 135). Ainda no mesmo sentido: RAMOS, Elival da Silva. Do ato administrativo complexo no direito italiano e brasileiro. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n° 32 – dez/89. São Paulo: Centro de Estudos, 1989. p. 177.

“Art. 4º O Plenário do Cade é composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, **nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.**”

§ 1º O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de dois anos, permitida uma recondução”.

Em consonância ao que foi aqui sustentado, segue o art. 5º contemplando as hipóteses de perda do mandato dos conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Dentre tantas outras, vislumbrou o legislador ordinário a possibilidade da perda de mandato ocorrida pela revogação da nomeação, provocada pelo Presidente da República, mas com a participação do Senado Federal. Vejamos:

Art. 5º A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do Cade só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 6º.

Parágrafo único. Também perderá o mandato, automaticamente, o membro do Cade que faltar a três reuniões ordinárias consecutivas, ou vinte intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pelo Colegiado” (grifo nosso).

Eis a manifestação irretorquível do princípio do paralelismo das formas. Consistiu em sábia decisão do legislador contemplá-lo, para, com isso, afastar qualquer tipo de enunciação em sentido contrário. Malgrado o fato de os demais dispositivos legais – mormente os que se refiram aos mandatos dos dirigentes das agências reguladoras e sua respectiva exoneração – não disporem expressamente sobre o referido preceito, não se pode dizer que a eles o princípio não se aplica ⁹⁸.

⁹⁸ “A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática. Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura

É sabido que a eficácia de um princípio independe da previsão legal. Constitui-se, por si só, em um enunciado normativo; aquilo que Paulo Bonavides entendeu chamar de norma primária⁹⁹.

Ao que tudo indica, foi esse o meio encontrado para diferenciar as antigas autarquias das atuais agências, para garantir aos mais recentes dirigentes uma estabilidade que, antes restara fracassada. Porém, a questão é assaz polêmica e suscita maior debate no meio acadêmico.

Contudo, resta-nos apenas a certeza que a Súmula STF nº 25 ainda não foi cancelada e de que é potencialmente nociva aos reguladores contemporâneos. Presente é o risco de a estas ser estendida a sua incidência – *v.g.* em uma eventual situação de conflito com o Poder Executivo –, desconsiderando-se por completo peculiaridade dos atuais reguladores aqui tratada, que confere a seus membros a efetiva estabilidade de mandato. Não raras vezes na curta história dos hodiernos órgãos reguladores, houve a tentativa por parte do Executivo de submetê-los à sua vontade, com o claro intento de amenizar crises conjunturais¹⁰⁰, em detrimento da implantação de políticas públicas setoriais de longo prazo e da própria autonomia das agências.

de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios de isonomia (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para proteção dos direitos adquiridos etc. A maioria dos princípios gerais de direito, porém não constam de textos legais, mas representam contextos doutrinários ou, de conformidade com terminologia assente no Capítulo XIV, são modelos doutrinários ou dogmáticos fundamentais. Como se vê, e é salientado por Josef Esser, enquanto são princípios, eles são eficazes independentemente do texto legal. Este, quando os consagra, dá-lhes força cogente, mas não lhes altera a substância, constituindo um jus prévio e exterior à *lex*. Nem todos os princípios gerais têm a mesma amplitude, pois há os que se aplicam apenas neste ou naquele ramo do Direito, sendo objeto de estudo da Teoria Geral do Direito Civil, do Direito constitucional, do Direito Financeiro etc” (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 306-307).

⁹⁹ “Estabelecendo originalíssima distinção entre normas primárias, que são os princípios, e normas secundárias, que são aquelas baseadas nos ‘princípios’, nos costumes nas convenções, Quadri, citado por Pergolesi, denomina princípios ‘as normas que são expressão imediata da vontade do corpo social’. Para Quadri, o princípio, sendo uma norma primária, se acha em direta relação com a autoridade que está na base do sistema” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 247.

¹⁰⁰ A título de exemplo, vale fazer menção à divergência havida entre o Executivo e a ANP no início do Governo Lula, que se referia ao ajuste da gasolina e do gás de cozinha e; o embate político entre o Ministro das Comunicações Miro Teixeira e a ANATEL, acerca da adoção do índice a ser utilizado no reajuste das tarifas do serviço de telefonia, etc.

6. Bibliografia

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna (org.). *Coletânea de Legislação de Comunicação Social*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA. *Código de Águas*. vol. I. Brasília: Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, 1980.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Freitas Bastos, 1938.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FONSECA, Tito Prates da. *Autarquias Administrativas*. S. Paulo: Saraiva & Comp., 1935.
- LIMA, José Luís. *Políticas de Governo e Desenvolvimento do Setor de Energia Elétrica: do Código de Águas à crise dos anos 80 (1934-1984)*. Rio de Janeiro: Memória da Eletricidade, 1995.
- MEDEIROS, Gierck Guimarães. *Os Entraves do Modelo Regulatório Brasileiro para a Efetivação da Plena Convergência no Setor das Telecomunicações*. Monografia de final de curso de graduação apresentada à Faculdade de Direito da UnB. Brasília: Universidade de Brasília, fevereiro de 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- NETO, Benedicto Porto. *A Agência Nacional de Telecomunicações* In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 287-299.

- NETO, Floriano Azevedo Marques. *Direito das Telecomunicações e ANATEL*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 300-316.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *A Regulação e o Direito da Energia Elétrica: a ANEEL e serviços de energia elétrica*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 329-351.
- PINTO, Bilac. *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*. 2ª ed. atualizada por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RAMOS, Murilo César. *Saúde, novas tecnologias e políticas públicas de comunicações*. In: PITTA, Áurea Maria da Rocha (org). **Saúde & Comunicação: visibilidades e silêncios**. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 67-80.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços Públicos e Regulação Estatal: introdução às agências reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-38.
- _____. *Introdução às Agências Reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 16-38.
- VARGAS, Daniel Barcelos. *O Ombudsman Parlamentar: modelo sueco de controle das atividades do Estado e de defesa dos interesses dos cidadãos*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003.



O PODER NORMATIVO DO EXECUTIVO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Juliana Rezio¹

1. Introdução. 2. Panorama histórico da Separação dos Poderes. 2.1 Antecedentes históricos e sociais. 2.2 A interpretação dos maiores expoentes da doutrina. 2.3 O problema da divisão dos “poderes”. 2.4 Garantia de um Estado Democrático de Direito. 2.5 O princípio da separação dos poderes no Estado Contemporâneo. 3. As atribuições das entidades reguladoras e o Princípio da Separação dos Poderes. 3.1 Descentralização da atividade normativa. 3.2 O Executivo e o poder regulamentar: atividade normativa secundária. 3.3 A função Executiva e a atividade delegada. 3.4 O poder normativo das Agências Reguladoras. 3.4.1 Natureza jurídica do poder normativo do Executivo. 3.4.2 O poder normativo das Agências Reguladoras em face da indelegabilidade da função legislativa. 3.4.3 Deslegalização e Reserva de Norma. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. Introdução

O presente texto se propõe a analisar a origem, evolução e legitimidade do poder normativo² das agências reguladoras em face do princípio da separação dos Poderes, insculpido como cláusula pétrea pela Constituição Federal de 1988³.

O tema da separação dos poderes foi objeto de considerações de grandes pensadores da história. Como primeira alusão à divisão

¹ Advogada, pós-graduada em “Regulação em Telecomunicações” pela UnB, membro do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB – Getel/UnB.

² Adotamos o termo “poder regulamentar” como aquele conferido ao Presidente da República, conforme previsão do art. 84 da Constituição de 1988 e “poder normativo” como o poder atribuído aos Ministros de Estado e demais órgãos da Administração nos termos do art. 87, II da Constituição da República de 88.

³ § 4º do art. 60 da Constituição Federal.

de funções, PLATÃO, na sua *Pólis*, procurou delimitar a atribuição dos que devem proteger a cidade, governá-la e produzir ou comerciar os bens⁴. ARISTÓTELES admitiu a prática ao reconhecer as três partes constitutivas do “Estado” como “assembléia geral”, “corpo dos magistrados” e “corpo do judiciário”, representando, respectivamente, deliberação, mando e julgamento.⁵ Contudo, o mérito da teoria da separação dos Poderes deve ser conferido à MONTESQUIEU, que, em relevante estudo da Constituição inglesa, desenvolveu a doutrina de que às funções do Estado devem corresponder órgãos distintos e autônomos sob pena de a liberdade ficar ameaçada, em decorrência da concentração de poder.⁶

Interpretar a repercussão da sobredita doutrina na sociedade contemporânea, marcada pelo pluralismo social,⁷ torna-se tarefa engenhosa, pois a rígida separação dos poderes foi sendo superada, e, cedeu lugar à colaboração entre os poderes. O antigo postulado de reserva da produção de normas jurídicas ao Poder Legislativo é colocado em crise. Busca-se, agora, como decorrência das transformações sociais, a pluralização das fontes normativas, não mais titularizadas apenas no Parlamento.

Com a ascensão do Estado liberal, chamado a realizar prestações positivas, parte considerável da função legislativa é deslocada para o Poder Executivo. Neste contexto, a posição do governo, no processo legislativo, é sensivelmente alterada, contribuindo para o surgimento da legislação governamental⁸.

⁴ BARKER, Sir Ernest. *Teoria Política Grega*. Trad. Sérgio Bath. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978, pp. 315-335.

⁵ RISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, pp. 127-145.

⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1993, p. 170 e ss.

⁷ Para Klaus STERN, a sociedade contemporânea, à margem da divisão tripartite “clássica”, caracteriza-se pela configuração de unidades de decisão e órgãos coletivos, a autonomização de instituições específicas não submetidas a instruções, e a constituição de instâncias de controle tampouco submetidas a instruções. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Trad. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 236.

⁸ A expressão é utilizada por Leomar B. A. de SOUSA. *A produção normativa do Executivo*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1999, p. 15.

A separação dos Poderes, na concepção moderna, deve ser vislumbrada sob a ótica do surgimento de órgãos dotados de independência funcional, com assento constitucional, auxiliares dos poderes supremos.⁹

Não se pretende esgotar a análise do tema em tela, mas, tão-somente, demonstrar as novas propostas de releitura do princípio da separação dos poderes em face da atividade reguladora do Estado e das limitações formais e materiais impostas pela Constituição da República.

2. Panorama Histórico da da Separação dos Poderes

2.1 Antecedentes históricos e sociais

O surgimento do Estado moderno, em substituição à sociedade feudal, contribuiu para a concentração de poder na pessoa do monarca, e a conseqüente implementação de monarquias administrativas, cuja legitimidade se fundamentava na noção de soberania¹⁰. Procurava-se, dessa forma, desenvolver o discurso do poder soberano como meio

⁹ ROCA, Javier G. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ed. RT 27/15 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras Independentes e o Estado democrático de Direito*. Revista de Informação Legislativa, ano 37, n.º 148, out./dez.2000, p. 282.

¹⁰ Segundo Clémerson M. CLÈVE, a soberania é a corporificação discursiva dos fundamentos legitimadores dos direitos do príncipe e dos deveres de obediência dos súditos. O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. São Paulo: Acadêmica, 1988, p.91. A primeira obra teórica a desenvolver o conceito de soberania foi "Les Six Livres de la République", de Jean BODIN, que, esclarece que a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República. Absoluto por não sofrer qualquer tipo de limitação, com exceção das leis divinas e naturais, e perpétuo por não ser exercido por um tempo determinado. À República corresponderia o Estado moderno. Tratam, ainda, do tema, ROUSSEAU, KELSIN, JELLINEK e REALE. Cf. Dalmo de A. DALLARI. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1998, pp. 77-82. Prevalece entre os teóricos, a noção de soberania ligada à idéia de poder. Hodiernamente, há quem confira ao tema uma noção eminentemente política. Miguel REALE ao formular o conceito de soberania a define como o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência. A esse respeito, conferir Miguel REALE. *Teoria do Direito e do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1960, p. 127.

de se instrumentalizar a centralização administrativa na pessoa do príncipe.

Uma vez unificado o poder estatal no monarca, tornava-se ele incontestável eis que encontrava na idéia de soberania a legitimidade política para realizar suas atividades e afastar qualquer resistência que pudesse abalar seu poderio. Nesse contexto, imprimiu-se à figura do soberano a origem divina do poder, na qual o rei governava em nome de Deus¹¹. Esse processo colaborou para o surgimento do Estado absolutista.

No entanto, a partir das idéias de LOCKE, ROUSSEAU, MONTESQUIEU, que procuravam demonstrar que a origem do poder encontrava-se no povo e não em Deus, o dogma da origem divina do poder começa a ser questionado, ensejando a concretização do princípio da separação dos poderes. Com o aparecimento da burguesia e do capitalismo, o absolutismo do monarca cede lugar à liberdade econômica, social e política.

Verifica-se, pois, que o princípio da separação dos poderes alcançou expansão em uma época em que se buscava preservar os direitos individuais, mediante a limitação do poder político, que, ao se abster, concorria para o exercício da liberdade: a um mínimo de Estado corresponderia um máximo de liberdade.

2.2 A interpretação dos maiores expoentes da doutrina

Já na antiguidade grega, a fundamentação teórica da “tripartição de poderes” foi atribuída a ARISTÓTELES, em sua obra *Política*. O pensador identificava a existência de três funções distintas exercidas

¹¹ A fundamentação da doutrina teocrática é princípio cristão de que todo poder vem de Deus (*omnis potestas a Deo*) e busca legitimar-se nos princípios teológicos da soberania. Contempla a teoria de direito divino sobrenatural e de direito divino providencial. Aquela afirma que o próprio Deus concede poder ao príncipe, conferindo-lhe atributos idênticos ao da divindade, a quem todos devem veneração e obediência, de modo absoluto. Já a teoria de direito providencial ou investidura divina declara que a soberania provém de Deus e, diretamente, deriva do povo. Assim a origem do poder é divina, mas o uso, pelo príncipe, é de direito terreno. Sobre a doutrina teocrática conferir a classificação de Paulo BONAVIDES. *Ciência política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, pp. 128 e ss.

pelo poder soberano em um único órgão: a função de editar normas gerais, a de aplicar as referidas normas no caso concreto e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da incidência das regras nos casos concretos.

Entretanto, uma primeira sistematização doutrinária da separação de poderes ocorre, apenas, no século XVII, com as obras de HOBBS¹² e LOCKE¹³. Teorizava HOBBS, em *O Leviatã*, que o poder soberano é adquirido pela força física de submeter os outros a sua autoridade. Assim, os súditos acordariam, entre si, de se submeterem a uma assembléia ou atribuírem a autoridade a um homem, de maneira voluntária, no intuito de serem protegidos uns contra os outros.

Baseado no Estado inglês de seu tempo, LOCKE, em *O Segundo Tratado sobre o Governo*, retomou o pensamento de HOBBS. Apontava a existência de quatro poderes: Legislativo, Executivo, Federativo e o Discricionário. A função legislativa caberia ao Parlamento. A executiva, exercida pelo rei, comportava um desdobramento, chamando-se de função federativa quando se tratasse do poder de guerra e de paz e de todas as questões que devessem ser tratadas fora do Estado. A quarta função, também exercida pelo rei, era conceituada como o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras. Para o teórico, o poder político em que se fundamentava o Estado era inerente ao homem, que o entregava aos governantes para que estes lhes preservassem a vida e a propriedade.

Posteriormente, a teoria foi aprimorada pela visão precursora do Estado liberal burguês desenvolvida por ROUSSEAU¹⁴, que afirmava que os homens são livres e iguais. O estado de liberdade exigia uma garantia tutelar, ensejando a elaboração do contrato social, no qual a liberdade natural seria trocada por uma liberdade pactuada, com a transferência do direito de cada associado a toda comunidade.

¹² HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Izza da Silva, São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 109.

¹³ CHEVALLIER, Jean-Jaques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Trad. Lydia Christina. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1957, pp. 91-104.

¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social*. Trad. e coment.: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 31-34, 109-112 e 137-140.

Dessa maneira, a ordem jurídica que não se fundamentasse na vontade geral seria ilegítima. A lei, de caráter geral e abstrato, era concebida como fruto da razão humana. A vontade geral era a vontade da nação manifestada por meio de seus representantes no Parlamento.

Enquanto a soberania, no Estado absoluto, está ligada à figura do soberano, no Estado liberal se desloca para o povo, ou seja, o poder, que institui o soberano, se origina no povo. Em decorrência, surge a necessidade, nesse novo contexto, de controle e limite ao poder do soberano.

Finalmente, a positivação da teoria, em sua plenitude, deve-se a MONTESQUIEU, por meio do *Espírito das Leis*. A grande inovação apresentada pelo teórico não foi a identificação do exercício de três funções estatais (poder legislativo, executivo e de julgar), mas foi o primeiro a anunciar que tais funções deveriam ser exercidas por órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Aí, reside o mérito da teoria. Assim, cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano.

Afirmava MONTESQUIEU que a liberdade política do cidadão só existe nos Estados moderados, e mesmo assim quando nesses Estados não se abusa do poder, já que a experiência eterna demonstra que todo aquele que possui poder tende a abusar dele. Por isso, para que não haja abusos é indispensável que o poder limite o poder.¹⁵

Sob essa nova perspectiva de interpretação do postulado, cada poder exercia uma função típica inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente. Ou seja, cada órgão exercia somente a função que fosse típica, surgido, o que se denominou de teoria dos freios e contrapesos.¹⁶ Buscava-se, assim, desenvolver uma técnica que

¹⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat baron de la Brède et de. O espírito. ...Op.cit., pp. 170 e ss.

¹⁶ A esse respeito conferir Dalmo de A. DALLARI. Elementos de Teoria Geral do Estado. 20^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, pp. 219-220. Destaca o autor que o sistema de separação de poderes deu origem à teoria do sistema de freios e contrapesos que classificava os atos estatais em duas espécies: atos gerais ou atos especiais. Enquanto os atos gerais, só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituindo-se na elaboração de regras gerais e abstratas, os atos especiais representariam a atuação do poder Executivo, permitida, somente, após a emissão da norma geral. Afirma, ainda, que o Executivo dispõe de meios concretos para agir, o que não o autoriza a atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão

permitisse o exercício moderado do poder político, de maneira que a estrutura interna do Estado se encarregasse de realizar o controle do próprio poder.

A teoria desenvolvida, alicerçada no postulado do bom governo e das garantias da liberdade, serviu de referência ideológica à burguesia, que embora já representasse a classe socialmente hegemônica, ainda não era politicamente dirigente. A teorização representava a receita de uma organização política condizente com os valores da classe. A burguesia, então, ancorada no racionalismo iluminista¹⁷, encontra condições políticas e ideológicas que justificavam as revoluções burguesas.¹⁸

Era necessário que o Estado elaborasse uma constituição jurídica¹⁹ para limitar o poder e positivar os direitos individuais vindicados pela burguesia. Nesse contexto, surge a necessidade de se incluir, materialmente, nas constituições²⁰, a teoria da separação dos

limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário.

¹⁷ O Iluminismo foi o movimento ideológico que sustentou as revoluções burguesas. Afirmava a existência de direitos individuais intangíveis, como a liberdade, propriedade, segurança, o que limitava, sobremaneira, a atuação do Estado. Adotou-se a máxima de que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. A razão parecia simples: a burguesia que se mantinha no centro do poder político, procurava, de qualquer maneira, preservar seus bens e proteger sua liberdade. Nenhuma limitação poderia ser imposta ao indivíduo, a não ser por meio de lei, que é a expressão da vontade geral. E todos os “cidadãos” detinham o direito, direta ou indiretamente, por meio de seus representantes, de concorrer para a formação da vontade geral.

¹⁸ Sobre as revoluções burguesas, recorda-se a revolução inglesa de 1689, que teve sua expressão mais significativa no *Bill of Rights*, a revolução americana de 1776, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias e a revolução francesa de 1789, que procurou universalizar os princípios do Estado Democrático por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

¹⁹ A necessidade de positivação de direitos e garantias fundamentais favoreceu o surgimento do constitucionalismo, representando o fenômeno de adotar leis fundamentais escritas que contenham a organização política do Estado, a previsão dos direitos dos indivíduos e a tutela das liberdades. Dessa forma, sob a influência do jusnaturalismo, difundido pelos contratualistas, afirma-se de um lado, a supremacia do indivíduo, dotado de direitos fundamentais inalienáveis, os quais devem receber a proteção do Estado, e, de outro, a necessidade de limitação do poder dos governantes, pautando-se na crença da razão.

²⁰ A teoria foi adotada pela Constituição de Virgínia de 1776 (Declaração de Direitos de Virgínia), a Constituição Federal norte-americana de 1787 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Esses movimentos ideológicos assinalam o triunfo das idéias iluministas de Locke, Rousseau e Montesquieu.

poderes, enquanto mecanismo de contenção do poder pelo poder. O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²¹ foi o primeiro texto a assimilar a doutrina de MONTESQUIEU, consagrando-a como princípio universal.

A separação dos poderes foi concebida em um momento histórico em que se pretendia contestar o absolutismo vigente e, por consequência, limitar o poder do Estado. Adotada por grande parte dos Estados modernos, para garantir a liberdade e os direitos individuais, mediante o controle recíproco dos órgãos representativos do poder estatal, o sistema difundiu-se pelo mundo como uma idéia associada à democracia.

Note-se, todavia, que atualmente a doutrina não goza do mesmo prestígio de outrora. Diante da realidade social e histórica, imprimiu-se uma nova roupagem teórica ao princípio, mitigando a teoria que pregava uma separação pura e absoluta dos poderes. Além do exercício de funções típicas inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também outras funções atípicas.

Várias tentativas foram realizadas buscando-se conjugar a eficiência do Estado Moderno à doutrina da separação dos poderes, ainda que de uma maneira aparente. Nesse contexto, recordamos a delegação legislativa de poderes, que apesar da resistência inicial, foi positivada no texto constitucional²², desde que limitada no conteúdo e tempo.

Deve-se, pois, admitir que o dogma da separação formal dos poderes encontra-se superado. É imperioso, reconhecer sua relevância e interpretá-lo sob um novo prisma: o da eficiência estatal.

²¹ “Toda sociedade em que a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

²² “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. § 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. § 3º - Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda”.

2.3 O problema da divisão dos “Poderes”

O movimento de queda do Estado Absolutista e ascensão do Estado Constitucional colaborou para o ingresso da técnica da separação dos poderes nos ordenamentos jurídicos. A proposta do Estado Constitucional (ou de Direito) era a de limitar o poder político e ao mesmo tempo, mantê-lo concentrado pela adoção de duas vias. De um lado, organizando o poder político de modo que sua própria estrutura interna se encarregasse de exercer o controle e, de outro, transferindo a soberania, das mãos do monarca para o povo.

O cerne do Estado Constitucional repousa na idéia de unidade do poder soberano, que não permite segmentação. Permite, no entanto, que seu exercício seja atribuído, por meio do Poder Constituinte, a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas funções. Assim, a separação de poderes deve ser vislumbrada sob uma ótica de divisão de funções estatais entre órgãos, ou poderes, distintos entre si, desde que a unidade do poder não se quebre pela configuração de tal circunstância.

O certo é que existe uma relação muito próxima entre as idéias de poder e de função do Estado, havendo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se em uma separação dos poderes quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções. Corroborando a linha de pensamento acima exposta, trazemos à baila a lição de Nelson SALDANHA²³ ao afirmar que o Estado Moderno, definido desde seu surgimento como uma estrutura unificada de poder, necessitou da separação dos poderes por razões políticas, como justificativa da passagem do absolutismo monárquico para o liberalismo constitucionalista. Ou seja, assim como a soberania se transferiu do soberano ao Estado, atribuiu-se ao Estado uma vontade, sem a qual não se governa. Este conceito daria lugar, posteriormente, à idéia dos órgãos e funções estatais, possuindo cada órgão uma vontade.

Entre a idéia genérica de vontade do Estado e a idéia definida e técnica, de cada órgão, manteve-se a referência política dos poderes,

²³ SALDANHA, Nelson. O poder Legislativo – Separação de Poderes. Vol. 2, Brasília: Fundação Petrônio Portella (Ministério da Justiça), 1981, pp. 3 e 4.

em que se repartiria a substância estatal. O Estado, uniforme, se desdobraria internamente em funções complementares: a soberania, incidível se apresentaria em cada uma delas por igual, diferenciando-se conforme o plano de ação correspondente.²⁴

Pontes de MIRANDA, ao comentar a Constituição da República de 1946²⁵, realiza uma interpretação distinta entre as funções do Estado e a separação dos poderes. Enquanto a função seria algo fático, a separação apresentaria um caráter absoluto, referindo-se, tecnicamente, à regra de distribuição das competências orgânicas.

Adotando postura diversa, SALDANHA²⁶ conclui que a distinção entre funções e poderes não se deve pautar em elementos de ordem natural ou técnica, visto que os dois conceitos comportam uma interpretação técnica. Seriam elementos técnicos enquanto partes da linguagem constitucional e instrumentos de realização de princípios constitucionais.

Nessa esteira, o que a doutrina liberal clássica chama de separação dos Poderes, o constitucionalismo moderno denomina de divisão das tarefas estatais e das atividades entre distintos órgãos autônomos, dificultando a concentração das funções do Estado.

O Direito constitucional contemporâneo, apesar de aceitar e permanecer na tradicional linha da idéia da tripartição de poderes, já reconhece que o princípio, se interpretado com rigidez, torna-se inadequado para um Estado comprometido com a satisfação das necessidades concretas e imediatas da sociedade.

2.4 Garantia de um Estado Democrático de Direito

A separação dos Poderes foi concebida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O professor Carlos Ari SUNDFELD²⁷ caracteriza o Estado de Direito como aquele criado e regulado por uma Constituição em que o exercício do poder político²⁸

²⁴ SALDANHA, Nelson. O poder..... Op. cit., p.4.

²⁵ SALDANHA, Nelson. O poder Op. cit., p. 4.

²⁶ SALDANHA, Nelson. O poder..... Op. cit., p.4.

é dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles é necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.

No entanto, o conceito de Estado Democrático de Direito é bem mais amplo. O Estado de Direito²⁹ assegura a igualdade formal entre os homens, por meio da submissão de todos ao império da lei, o estabelecimento de garantias individuais, a divisão formal das funções do poder, o povo como origem formal de todo poder e a igualdade de todos perante a lei, na medida em que estão submetidos às mesmas regras gerais. Ou seja, todos são iguais porque a lei é igual para todos.

Cumprir observar, todavia, que as normas embora genéricas e impessoais, podem ser socialmente injustas quanto ao seu conteúdo. Assim, estar submetido ao império da lei não significa a inviolabilidade de garantias individuais mínimas.

Nesse contexto, a Constituição da República de 1988 declarou ser o Brasil, um Estado Democrático de Direito pela proclamação da igualdade entre os homens, pela imposição de metas e deveres previstos em seu art. 3º³⁰, pela observância do pluralismo político e liberdade de expressão das idéias, pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única do poder e pelo respeito da dignidade humana.

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, pp. 38 e 39.

²⁸ O poder político é aquele que preside, integra e harmoniza todos os grupos sociais, possibilitando a convivência entre os membros dos grupos sociais, mediante um conjunto de regras que compõe o direito comum a todos eles. A titularidade do poder político é atribuída à comunidade, ao passo que seu exercício incumbe aos órgãos estatais que atuam como os meios de que é dotado o povo para influir nas funções do Estado. Sobre o tema, conferir Kildare Gonçalves CARVALHO. Direito Constitucional. 10ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, pp. 67 e 68.

²⁹ O liberalismo foi a doutrina política na qual se pautou a construção da teoria do Estado de Direito. Procurava limitar, juridicamente, o Estado pela Constituição de modo que a liberdade do indivíduo e da sociedade fosse garantida perante a atuação estatal. Cf. Paulo BONAVIDES. Ciência... Op.cit., p.155.

³⁰ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

O Estado Democrático de Direito³¹, portanto, é aquele que se preocupa não apenas com a submissão de todos à lei, mas com a elaboração de leis que externem conteúdo e adequação social, sob pena de a norma jurídica ser atentatória aos princípios básicos da dignidade humana.

A teoria da separação dos poderes ganhou credibilidade na doutrina do liberalismo³², ao se consolidar como instrumento de garantia das liberdades individuais ou recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao absolutismo que até então, mantinha-se predominante.

Portanto, para que o Estado respeitasse sua carta política e os direitos individuais por ela resguardados, era imprescindível dividir o exercício do poder político entre órgãos distintos, ou poderes, que se controlassem mutuamente. Nesse contexto, percebe-se a importância da separação dos poderes no controle desse poder, visto que cada órgão limita o exercício das atividades do outro, evitando o surgimento de um Estado arbitrário.

Procurava-se resguardar, sobretudo, a liberdade, entendida como a fruição pacífica da independência privada³³, adotando-se a máxima que o indivíduo é melhor árbitro de seus interesses do que o Estado,

³¹ Maria S. Zanella DI PIETRO destaca que o Estado Democrático de Direito busca viabilizar a participação popular (Estado Democrático) no processo político, nas decisões do Governo, no controle da Administração Pública, daí compreender a consecução da justiça material (Estado de Direito). Afirma, ainda, que o interesse público humanizou-se à medida que passou a preocupar-se não só com os bens materiais que a livre iniciativa almeja, bem como, os valores considerados essenciais a uma existência digna. O interesse público, considerado sob o prisma jurídico, passa a confundir-se com a idéia de bem comum. Sobre o tema, conferir Maria S. Zanella DI PIETRO. *Parcerias da Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999, pp. 23 e 24.

³² O Estado Moderno nasceu absolutista e, por muito tempo, suas qualidades foram relacionadas com as virtudes e defeitos do monarca absoluto. Assim, já no século XVIII, predominava a idéia de que o poder público era o inimigo da liberdade individual, de maneira que qualquer restrição ao individual em prol do coletivo era vista como ilegítima. Essa, portanto, a origem individualista do Estado liberal. Ao mesmo tempo, a burguesia já iniciava sua ascensão econômica, preconizando a intervenção mínima do Estado na vida social, considerando a liberdade contratual um direito natural dos indivíduos. A esse respeito conferir Clèmerson Merlin CLÈVE. *Atividade Legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na constituição de 1998*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 34-44.

³³ Cf. Clèmerson M. CLÈVE. *Atividade Legislativa.....* Op. cit., p.35.

não havendo mal maior que o permitir que outra pessoa julgue o que convém a cada um.³⁴ Ou seja, a economia privada é antes de tudo, assunto dos indivíduos, não estando o Estado apto a resguardá-la.

Diante do histórico traçado, percebe-se que o Estado liberal se organizou de maneira a ser o menos interventor possível, caracterizando um Estado mínimo ou Estado-policia, com atribuições reduzidas como manter a ordem interna e proteger o Estado contra ameaças externas, de forma que o restante fosse conferido à sociedade civil.

Seguindo essa orientação política, a teoria da separação dos poderes encontrava uma utilidade incontestável, pois implicava o enfraquecimento do Estado e a preservação das liberdades individuais, vindicadas pelo constitucionalismo.

O Estado liberal permitiu, de um lado, o progresso econômico e a valorização do indivíduo e, de outro, a injustiça social, como decorrência da concepção individualista da liberdade em que se assegurava uma situação de privilégio para aqueles economicamente fortes. Como conseqüência, os princípios do liberalismo, voltados para a proteção da liberdade e da igualdade mostraram-se insuficientes para conter as profundas desigualdades geradas.

Nesse contexto, o Estado é chamado a intervir na ordem econômica e social como instrumento de implementação da igualdade, não apenas formal, entre os homens. A nova ordem preocupa-se com o bem comum e com o interesse público. O Estado mínimo passa a ter uma participação mais ativa objetivando concretizar prestações positivas.

A própria forma de pensar os direitos fundamentais deve ser revista: de um lado, os cidadãos possuem direitos de esfera privada que devem ser resguardados contra a atuação arbitrária do Estado e, de outro, adquirem direito à proteção da saúde, educação, trabalho, existência digna, que, para se efetivarem reclamam a atuação estatal.

³⁴ Cf. Dalmo de A. DALLARI. Elementos de.... Op. cit., p. 276.

Paralelamente, a intervenção no mercado é inevitável. A atuação do Estado na economia dá-se reprimindo práticas comerciais que comprometam o princípio da livre concorrência, participando do processo econômico, por meio de empresas estatais ou, ainda, implementando políticas públicas. Surge o Estado empresário ou social.

O Estado se transforma em prestador de serviços, não mais admitindo o lento processo legislativo³⁵ como instrumento concretizador das demandas sociais. Alarga-se a atuação do Poder Executivo, inclusive, pela atividade normativa efetivada por outros instrumentos normativos que não a lei.

O bem estar do indivíduo, na sociedade contemporânea, está nas mãos do Estado. É obrigação do ente estatal assegurar água, energia elétrica, transporte, saúde, educação, previdência.³⁶ Isso, em virtude de se ter estabelecido uma relação de dependência entre os indivíduos e o Estado.

A experiência demonstrou que administrar sem a atribuição legislativa dificulta, sobremaneira, o alcance de metas governamentais. Assim, uma vez reconhecida a necessidade imperiosa da legislação governamental, buscava-se legitimar a competência legislativa do poder Executivo na ordem jurídica.

³⁵ O emperramento do Parlamento, decorrente do moroso processo legislativo, demonstrou que o poder Legislativo não estava apto a adotar, eficazmente, as providências legislativas exigidas. Nesse contexto, o Estado é chamado a intervir na ordem econômica e social, em especial para proteger os menos favorecidos.

³⁶ Cumpre lembrar que os serviços sociais previstos na Constituição da República, Título VII – arts. 193 a 232 – que atendem as necessidades coletivas em áreas em que a atuação estatal é essencial, comportam também prestação pela iniciativa privada. Quando prestados pelo poder público devem ser gratuitos, não podendo ser objeto de concessão ou permissão, pois ausente a remuneração por tarifa, característica dos contratos de concessão. Como não constituem atividade exclusiva do Estado, o particular que queira atuar nessa área, deverá estabelecer parceria por convênio (contratos de gestão) ou terceirização da atividade (transferência da execução material) e não por meio do instituto da concessão do serviço público.

2.5 O princípio da Separação dos Poderes no contexto do Estado Contemporâneo

O Estado Liberal foi marcado, em sua plenitude, pelo monopólio da atividade legiferante no parlamento. Essa característica decorre da assimilação da doutrina de MONTESQUIEU de separação das funções estatais de modo que a função legislativa fosse atribuição privativa do Parlamento, cuja atividade típica é a produção de lei.

No entanto, conforme exposto nos itens 2.3 e 2.4, a eficácia do postulado da separação dos poderes começa a ser questionada a partir das mudanças sociais decorrentes da transição do Estado Liberal para o Estado Social. A ordem estatal é convocada a elaborar uma legislação específica, capaz de reger os conflitos surgidos na nova ordem econômica.

A intervenção estatal é reclamada como instrumental à implementação de soluções rápidas, o que de certa maneira, seria inviabilizado se dependesse dos debates políticos que envolvem a aprovação de uma lei.³⁷ Ainda, a complexidade e particularidade das questões colocadas em pauta, passaram a exigir do Poder Legislativo um conhecimento especializado, não característico dos representantes eleitos.

Uma vez demonstrada a necessidade e a inevitabilidade da legislação governamental, os ordenamentos jurídicos procuraram juridicizar a autorização da atividade normativa do Executivo, em

³⁷ A necessidade de uma legislação de urgência interfere no próprio conceito de lei. Nesse sentido, destaca Eros Roberto GRAU que a inflação legislativa corrompeu o princípio de que todos conhecem a lei, comprometendo, ainda, o princípio da segurança jurídica. Cf. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Editora RT, 1990, p. 35. O autor destaca, ainda, que o Estado interventor colabora para o surgimento da norma-objeto, que seriam normas de implementação de políticas públicas. Cf. *Direitos, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Editora RT, 1988, p. 132. Adotando o mesmo raciocínio, Clèmerson M. CLÈVE destaca que uma determinada concepção de lei está em crise, ou seja, aquela característica do ato legislativo. A lei era genérica e abstrata. Todavia, o Estado moderno edita atos legislativos transitórios e nem sempre genéricos. A lei, vislumbrada sob a égide da abstração, permanência e generalidade decorre de uma concepção de Estado alterado com o Welfare State. Ao lado dessa concepção clássica de lei emerge uma nova, para regular situações transitórias e conjunturais. Cf. Clèmerson M. CLÈVE. *Atividade Legislativa.....* Op. cit., p. 58.

situações extraordinárias, ao argumento da lentidão do processo legislativo ordinário.³⁸

De um lado, o princípio da separação dos poderes não pode, de modo algum, ser olvidado, pois ainda funciona como instrumento de organização do poder para a garantia das liberdades. De outro, deve ser interpretado e aplicado conforme a realidade constitucional de nossa época e não como um postulado rígido e dogmático, de maneira que se busque legitimar a atribuição normativa do Executivo como resposta às demandas sociais.

Cumpre, entretanto, observar que o próprio MONTESQUIEU, ao realizar o estudo da Constituição Inglesa afirmou que não seria possível conceber uma atuação isolada e sem interferências mútuas dos poderes. Daí, a necessidade de uma leitura relativizada do princípio, porque uma divisão absoluta das funções implicaria a inviabilidade do exercício da soberania estatal por meio de seus órgãos.

Dessa maneira, a cada poder, seria conferido, constitucionalmente, um campo de atividade primária.³⁹ Quando um órgão, que desempenha determinadas funções de um poder,⁴⁰ invade atribuições constitucionais de outro, configura-se a violação do princípio da separação dos poderes e de maneira reflexa, do próprio Estado de Direito.

Assim, cada órgão, dentro de sua competência, exerce, uma atividade prevalente, sem, contudo, deter a exclusividade no exercício

³⁸ Nesse contexto, verifica-se os decreti-legge italiano em 1926, os decretos-leis no Brasil, com a Constituição de 1937 e as ordonnances francesas em 1958. Sobre o decreto-lei brasileiro, previa o art. 180 da Carta de 1937 que o Presidente da República poderia expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência legislativa da União desde que Parlamento não se reunisse, permitindo que o Executivo exercesse plenamente o Poder Legislativo. Nesse período, podemos lembrar a edição do Código Penal, Código de Processo Penal e da Consolidação das Leis do Trabalho, todas vigentes.

³⁹ É esse o entendimento de J.J. Gomes CANOTILHO. A respeito, conferir Carlos Ayres BRITTO. Separação dos poderes na constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, n.º 59, 1981, p. 121.

⁴⁰ Como exemplo, nossa Constituição da República previu, em seus arts. 49, 51 e 52, a competência exclusiva e privativa do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Fez o mesmo em relação ao art. 84, ao estabelecer as atribuições privativas do Presidente da República e ainda, estipulou a competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, em seu art. 102.

dessa função. Nesse sentido, encontramos autorização em grande parte das Constituições modernas para que o Executivo tenha atribuição normativa atípica, seja pela elaboração de medidas provisórias ou pela edição de decretos que visem dar fiel execução à lei⁴¹. O Legislativo, exerce função jurisdicional, ao julgar o Presidente da República, nos crime de responsabilidade, por meio do processo de *impeachment*⁴². Da mesma forma, o poder Judiciário dispõe de atribuição legislativa, conforme dispõe a Constituição de 1988, em seu art. 96, ao elaborar seus regimentos internos. Inclusive, parte considerável da doutrina sustenta que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos constitucionais derivados, atos federais primários e atos normativos primários estaduais,⁴³ exerce função legislativa negativa, inclusive pelo caráter *erga omnes* inerente às decisões proclamadas.

Sob esse enfoque, constatada a ineficiência da técnica da divisão dos poderes como instrumento de contenção do abuso do poder procura-se, modernamente, desenvolver um sistema de controle recíproco, de maneira a implementar um permanente equilíbrio entre os órgãos. Nessa perspectiva, o controle dos poderes do Estado, por um órgão distinto e autônomo de cada um deles, é exigência para a preservação da democracia e garantia da própria liberdade individual.

Karl LOWENSTEIN⁴⁴ buscou substituir a doutrina de MONTESQUIEU por uma nova fórmula de divisão dos poderes que comportaria três vertentes: (i) a decisão política fundamental (*policy determination*); (ii) a execução da decisão política fundamental (*policy execution*) e (iii) o controle político (*policy control*).

A decisão política fundamental definiria a forma de Estado e Governo, o sistema da livre iniciativa e as relações entre capital e

⁴¹ Arts. 62 e 84 da Constituição Federal de 1988.

⁴² Art. 52 da Constituição da República.

⁴³ As normas constitucionais derivadas englobam as emendas constitucionais e as emendas constitucionais de revisão; já os atos normativos primários são aqueles que guardam seu fundamento de validade diretamente na Constituição. Podem ser federais, e aí se inserem os elencados no rol do art. 59 da Constituição da República, estaduais (Constituições dos Estados), Distritais ou Municipais (Leis Orgânicas). Tem-se, também, aceitado como objeto de controle concentrado, os regimentos dos tribunais e o decreto primário do art. 84, VI da Carta Constitucional.

⁴⁴ LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, pp. 63 e ss.

trabalho e seria materializada pela legislação editada pelo Parlamento, não impedindo a iniciativa do governo para a tomada da decisão conformadora. Já a execução da decisão política fundamental representaria a concretização da norma que contém a decisão política fundamental.

Note-se que a grande inovação dessa teoria foi a previsão de uma função de controle que deve existir entre os poderes, de maneira a limitar a atuação individualizada e desproporcional de cada um.

A fiscalização do poder pode, ainda, ser vislumbrada pela realização de um controle⁴⁵ horizontal, que abrangeria o controle interno e externo e de um controle vertical, que envolveria o federalismo, direitos e garantias fundamentais.

O controle interno encontra chancela no art. 74 da Constituição de 1988, que determina sua instituição por cada um dos órgãos de soberania. Assim, esse controle é exercido no âmbito de cada poder político do Estado, devendo cada órgão criar limites à atuação de seus agentes nos ditames da legalidade.

No âmbito do Poder Executivo, a fiscalização pode ser implementada pelo controle hierárquico ou, ainda, pelo controle finalístico, com o intuito de verificar se a entidade está cumprindo seu objetivo institucional e se adequando aos planos governamentais.

O controle no Poder Legislativo deve ser vislumbrado, inicialmente, sob a existência de um sistema bicameral, em que se busca, na apreciação de uma lei, a aprovação da assembléia em que se iniciou a votação e da assembléia revisora. No mesmo sentido, é considerado como meio de controle da função legislativa a exigência de maioria qualificada para a aprovação de determinadas matérias, como matéria de emenda constitucional e reservada a lei complementar.

Em relação ao Poder Judiciário, o controle, sob o aspecto finalístico, pode ser verificado no duplo grau de jurisdição, bem como, na hipótese do art. 97 da Carta Constitucional que trata da cláusula

⁴⁵ Conferir o estudo realizado por Leomar B. A. de SOUSA. A Produção. Op. cit., pp. 38-42.

de reserva de plenário, exigindo-se a manifestação do plenário ou órgão especial do Tribunal, em maioria absoluta, sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pela via incidental.

Já a eficácia do controle externo relaciona-se ao nível de interdependência entre os órgãos da soberania, ou seja, quanto maior a influência de um órgão sobre o outro, menor será a eficácia do controle externo. O Poder Legislativo, embora seja o responsável, no campo de reserva primária, pela elaboração da lei, necessita da concordância do Poder Executivo para a validade de suas decisões políticas.

Da mesma forma, o Poder Executivo sofre fiscalização do Legislativo, em especial as contas do Presidente da República, após parecer do Tribunal de Contas da União (art. 49, IX da CF), o julgamento do Presidente da República pelo Senado nos crimes de responsabilidade (art. 52, I da CF) e a aprovação, pelo Senado Federal, das nomeações feitas pelo Executivo para o provimento de determinados cargos.

3. As Atribuições das Entidades Reguladoras e o Princípio da Separação dos Poderes

3.1 Descentralização da atividade normativa

A perspectiva da descentralização normativa, antecipada nos itens 2.4 e 2.5 supra, deve ser vislumbrada a partir da mudança de paradigma de busca do ideal de segurança jurídica, até então, concentrado no Parlamento. De um lado, o Poder Legislativo, essencialmente político e lento, viu-se incapaz de enfrentar a complexidade e tecnicismo das matérias que demandavam sua atuação. De outro, o pluralismo social permitiu que dentro da própria produção normativa estatal, houvesse diversidade de fontes, de órgãos e entes legitimados a emitir normas jurídicas.⁴⁶

⁴⁶ O Estado de Direito procurava vincular a produção do direito à vontade geral, de maneira que o direito seria veiculado pela lei. Sobre o assunto, conferir Clèmerson M. CLÈVE. *Atividade Legislativa.....* Op. cit., pp. 46-48 e 75.

O aprimoramento do exercício de funções reguladoras, pelo Estado Social de Direito, ganha importância na medida em que ele se afasta do papel de provedor para se tornar fiscalizador das atividades reguladas. Com isso, fez-se necessário intensificar a produção normativa do Executivo para que a Administração efetivasse o cumprimento dos objetivos traçados pelo ente estatal.

O Estado se utilizou, principalmente, do instituto da privatização para implementar essa nova realidade. O fenômeno permitiu a transferência dos serviços públicos, até então prestados por empresas estatais, ao setor privado, gerando a necessidade de regulação dessas atividades como instrumento de proteção ao interesse coletivo.⁴⁷

Bilac PINTO⁴⁸, ao antever a nova ordem do Estado Contemporâneo, de ampliação das funções estatais, destacou serem necessárias as práticas da delegação legislativa e outorga de funções jurisdicionais a órgãos da Administração, como meio de instrumentalizar a atividade governamental⁴⁹, especialmente a reguladora. Esse processo foi, em grande parte, decorrente da produção de normas complexas e técnicas.

⁴⁷ CASSAGNE, Juan C. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo Perreot, 1994, p.151. Afirma o autor: “el fenómeno de la privatización al abarcar la transferencia al sector privado de la gestión de los servicios públicos que antes prestaban empresas estatales, há generado la correlativa necesidad de regular esas actividades para proteger debidamente los intereses de la comunidad”.

⁴⁸ PINTO, Bilac. *Estudos de Direito Público*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, pp. 251e 257.

⁴⁹ Curioso trazer a experiência norte-americana sobre a adoção da legislação governamental. De um lado, a crise econômica de 1929, que culminou com a grande depressão, assolava o país reclamando uma atuação célere do governo que pudesse reverter a situação. De outro, a previsão do art. I, § 1º, c. 1 da Constituição norte-americana que vedava a delegação legislativa ao Presidente dos Estados Unidos, visto que todo poder legislativo fora atribuído ao Congresso. Assim, o Legislativo passou a editar leis com a roupagem de delegação legislativa. Nesse contexto, o tema da delegação indevida foi levado à Suprema Corte, por meio do processo *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935) em que se admitiu a delegação desde que a lei apresentasse standards precisos, ou seja, modelos contendo limites definidos. Com isso, impedia-se a abdicação do Legislativo no tratamento de determinadas matérias. Sobre o assunto conferir Leomar B. A. de SOUSA. *A Produção. Op. cit.*, pp. 51-52. O panorama completo do caso *Schechter Poultry Corp. v. United States* é fornecido por Gabriel Boavista LAENDER. Cf. *Introdução ao estudo das agências reguladoras nos EUA*. Disponível na página do grupo de estudos em direito das telecomunicações da UnB: www.gds.nmi.unb.br/getel. Corroborando a postura norte-

A premissa é compartilhada por Vicente RÁO⁵⁰ que reconhecia a necessidade de uma maior atribuição de poderes ao Estado, em decorrência da especialização e a complexidade crescente dos problemas sociais e econômicos, tornado-se indispensável seu aparelhamento para o exercício das funções, em tempo hábil e de maneira eficiente.

Sob esse enfoque, a pluralização das fontes normativas conjugada à descentralização do aparato estatal, pela criação de entes ou órgãos autônomos independentes, representam o grande paradigma finalístico do Estado moderno.⁵¹ Nesse contexto, a normatização setorial constituiu eficaz instrumento regulatório diante dos mecanismos, até então, adotados pelo Estado.

Não se pode olvidar, ainda, daqueles que declaram que apenas o Estado possui o poder normativo originário, de modo que as outras fontes de alguma maneira retiram a sua eficácia. Entre nós, Miguel REALE⁵² elaborou a teoria da gradação da positividade jurídica, defendendo que os ordenamentos jurídicos são dotados de diferentes graus de estabilidade e coercitividade, e, apenas a instituição estatal

americana de delegação limitada, Bernard SCHWARTZ destaca que o poder legislativo pode ser conferido ao Executivo desde que a outorga seja limitada a determinados padrões. Cf. *Direito Constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p.350. Clèmerson M. CLÈVE recorda que a doutrina americana utiliza-se da delegação em razão de o Poder Executivo não dispor de um poder regulamentar constitucionalmente deferido, diversamente do que ocorre no ordenamento constitucional brasileiro. *Atividade Legislativa.....* Op. cit., p. 299. Dessa forma, o princípio da separação dos poderes foi reinterpretado, pela atividade jurisprudencial, até conciliar-se com a técnica da colaboração entre os poderes na formação da ordem jurídica.

⁵⁰ RÁO, Vicente. *As Delegações Legislativas no Parlamentarismo e no Presidencialismo*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1966, p.16.

⁵¹ É esse o entendimento de Alexandre Santos de ARAGÃO. O poder normativo Op. cit., p.278. A descentralização normativa encontra, inclusive, amparo constitucional. Gabriel de Mello GALVÃO afirma que o legislador, ao realizar a previsão de regulamentação na Constituição de 1988, demonstra que o atual quadro normativo foi estruturado para abranger um grande número de matérias e demanda uma extensa regulação por parte do Estado. Dessa forma, não se pode afirmar que o excesso de normas afronte a segurança jurídica, sendo que esta garantia constitucional deve ser entendida à luz da conformação que deu a Constituição ao processo regulatório. Cf. *Fundamentos e Limites da atribuição do Poder Normativo às Autarquias Autônomas Federais (agências reguladoras)*. Brasília: Editora UnB, 2002, pp.39-41.

⁵² REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ed. Expressão e Cultura. 2^a ed. 1998, p.257.

ou as por ela reconhecidas, possuiria positividade em seu grau máximo.

3.2 O Executivo e o Poder Regulamentar: atividade normativa secundária

A atuação do poder Executivo no processo legislativo pode ocorrer em momentos diversos: no processo de elaboração de lei ou na produção de ato normativo, dotado ou não de força de lei.

No procedimento de elaboração de lei, o Executivo se faz presente pela iniciativa exclusiva, prevista no artigo 61, § 1º, II, a-f da Constituição Federal⁵³, pela sanção ou veto, e, pela promulgação e publicação de leis.

Na produção de ato normativo, pode atuar como legislador primário, inovando na ordem jurídica por meio das medidas provisórias⁵⁴ ou editar atos normativos destituídos de força de lei, ao realizar o exercício do poder regulamentar do chefe do Poder Executivo Federal, conferindo eficácia às leis que não tragam em seu conteúdo as características que permitam sua auto-aplicação. A análise, neste tópico, se restringirá a atividade normativa secundária, por meio dos decretos regulamentares.

Historicamente, procurou-se legitimar a atuação do Executivo, como agente legislativo, por meio da adoção do princípio monárquico,⁵⁵ em que se afirmava que as matérias não afetas à competência do Parlamento ou a outros órgãos, seriam atribuídas ao monarca, que manteria consigo um poder normativo residual, limitado, exclusivamente, por constituições nacionais.

Conjugando-se o contexto histórico narrado ao postulado de soberania da lei, como expressão da vontade geral, desenvolveu-se a prática de que somente a lei votada e aprovada pelos representantes, poderia alterar preceitos referentes à liberdade dos cidadãos e suas relações entre si e com o poder público. Ao monarca, caberia dispor sobre as matérias que não fossem reservadas ao domínio legal, de modo que a atuação do Executivo somente seria legítima se adstrita às limitações legais.

Dessa forma, ao lado do princípio do monarca, instrumentalizado pela produção de regulamentos aplicados, precipuamente, às funções administrativas, desenvolveu-se o princípio democrático em que a lei, expressão máxima do Legislativo, representaria a vontade geral.

Os regulamentos⁵⁶ representam a competência normativa atribuída, privativamente, ao Presidente da República, conforme dispõe o art. 84, IV da Constituição⁵⁷ e possuem caráter de generalidade e abstração, vez que não se restringem a um caso específico e tampouco se aplicam a destinatários certos.

Constituem atos administrativos normativos de segunda grandeza, por guardarem seu fundamento de validade nos atos normativos primários, aqui, genericamente, entendidos como a lei. Como atos infralegais, e, em observância ao princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, II da Constituição da República, não podem

⁵³ “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva”.

⁵⁴ É instituto recente, criado em substituição aos decretos-leis, que eram atos normativos produzidos pelo Poder Executivo, dotados do mesmo status jurídico de uma lei aprovada pelo Legislativo, com o diferencial de não depender da aprovação do parlamento.

⁵⁵ Sobre o tema conferir panorama histórico fornecido Leomar B. A. de SOUSA. A Produção. Op. cit., pp. 130-132 e Clèmerson M. CLÈVE. Atividade Legislativa..... Op. cit., pp. 272-276.

⁵⁶ Os regulamentos assumem, genericamente, uma natureza de ato administrativo normativo (geral e abstrato) expedidos por órgãos da Administração pública. Devem guardar relação de conformidade com o instrumento normativo do qual derivam, sob pena de ilegalidade. Em contraposição, conferindo-lhes uma interpretação restrita, será ato normativo editado pelo chefe do Poder Executivo.

exceder os limites definidos no instrumento legal que reclama sua atuação. Procuram, dessa forma, dar execução às leis, não podendo ampliar ou restringir direitos.

Portanto, a Constituição de 1988 amarra ao princípio da legalidade o reconhecimento, exclusivo, do regulamento de execução de modo que a ordem jurídica tutela-os, apenas, se habilitados por lei. Eventual atuação excessiva no exercício do poder regulamentar suscitará controle do Congresso Nacional, por força do art. 49, V da Carta Política.⁵⁸

Nesse contexto, a produção normativa dos regulamentos implica observância de limitações formais e materiais. A limitação formal encontra-se, de um lado, vinculada à competência, pois o exercício regulamentar é atribuição privativa e indelegável do Chefe do Executivo federal, estadual e municipal⁵⁹ e, de outro, ao instrumento de formalização do ato, o decreto, que se publicado produz efeitos em relação a terceiros.

No tocante às limitações materiais, recordamos que não há previsão constitucional ou legal de matéria reservada ao regulamento⁶⁰. Encontra-se subordinado à ordem jurídica nos exatos termos a que se acha subordinada a lei habilitadora.⁶¹ Sobre o tipo de lei que estaria ao alcance do exercício do poder regulamentar, tem-se admitido somente aquelas que sofrem aplicação pelo próprio poder Executivo, afastando as que disciplinam relações entre particulares.

Note-se, ainda, que a natureza jurídica do regulamento executivo se difere, sobremaneira, dos atos normativos administrativos.

⁵⁷ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

⁵⁸ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

⁵⁹ Desde que por outorga da Constituição Estadual ou Lei Orgânica. Tratando-se o Brasil, de uma federação, somente o chefe do Executivo federal estaria apto a regulamentar as leis de competência da União, sendo-lhe defeso regulamentar lei estadual ou municipal.

⁶⁰ Observe-se que em alguns países, como a França, a própria Constituição disciplina os conteúdos de lei e do regulamento.

⁶¹ Cf. Leomar B. A. de SOUSA. A Produção. Op. cit., p. 150.

Enquanto aqueles são veiculados por decreto Presidencial, assumindo uma posição hierárquica superior aos demais atos normativos do Executivo e disciplinando conteúdo geral e abstrato, os atos administrativos normativos são instrumentalizados por portarias, resoluções ou circulares, produzidos por qualquer agente público competente e gerando efeitos concretos.

Do tratamento conferido ao regulamento executivo, destacam-se outras duas categorias de regulamentos propostas pela doutrina: os regulamentos autônomos e os regulamentos delegados ou autorizados.

Os regulamentos autônomos são aqueles que criam obrigações internas e externas à Administração, sem amparo legal. Portanto, inadmissíveis⁶² no ordenamento jurídico brasileiro por força do princípio da reserva de lei formal. Ou seja, o regulamento não pode inovar no mundo jurídico impondo direito, dever, obrigação, limitação ou restrição quando não previstos ou identificados na lei regulamentada. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal⁶³ teve oportunidade de se manifestar, impugnando decreto presidencial que regulamentava a outorga de concessão e permissão de serviços de telecomunicações sem base legal fundante.

Há quem defenda que a inovação trazida pela Emenda Constitucional n.º 32⁶⁴ teria autorizado a adoção do decreto autônomo

⁶² Helly Lopes MEIRELLES, no entanto, admite o decreto autônomo desde que não invada matéria reservada à lei. Nesse contexto, afirma que os decretos autônomos não substituem definitivamente a lei; apenas, suprem a sua ausência no que puder ser provido por ato do Executivo, até que a lei disponha a respeito. Promulgada a lei, o decreto ficaria superado. Cf. *Direito Administrativo brasileiro*. 21ªed. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 1996, p. 163.

⁶³ Conferir ADI n.º 1435: "(...) 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 (...)."

⁶⁴ O Presidente da República, nos termos do art. 84, VI, "a" da Constituição de 1988, passou a ter competência privativa para dispor, mediante decreto, sobre a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas. A redação anterior do art. 84, VI era a dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei. Maria S. Zanella DI PIETRO sustenta que com a Emenda Constitucional n.º 32/2001 ficou restabelecido o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea "a" do art. 84 da Constituição Federal. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 89.

no tocante à modalidade de regulamento administrativo ou de organização, permanecendo vedada a edição de regulamento autônomo na modalidade de regulamento jurídico. No entanto, a mudança teria colaborado para o surgimento de uma espécie de reserva de decreto⁶⁵, pois foi estabelecida uma competência legislativa para o Presidente da República.

Os regulamentos autorizados ou delegados⁶⁶, por sua vez, conferem ao Executivo uma certa margem de discricionariedade, quando da regulamentação de lei que não preveja todas as hipóteses de sua aplicação. De uma maneira generalizada, todo regulamento assume um caráter de autorizado, pois nos casos em que a lei não é precisa, a atividade regulamentar será exercida dentro de uma margem de interpretação.⁶⁷ Não foram recebidos pela Constituição de 1988, conforme se depreende da análise do art. 25, I dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁶⁸. O tema será abordado no item 3.3, sob o enfoque da atividade delegada.

⁶⁵ GALVÃO, Gabriel de Mello. Fundamentos e LimitesOp. cit.,p. 20.

⁶⁶ Os regulamentos autorizados não se confundem com os regulamentos complementares ou de integração, não mais permitidos em nossa ordem jurídica. Estes, representam espécies de regulamentos de execução, pois complementam preceitos apresentados pela lei, desde que autorizados constitucionalmente. Dessa forma, a lei se atém a traçar as bases gerais da regulação, que, posteriormente, será complementada pela atividade regulamentar do Executivo. Recordamos as leis-quadro portuguesas, também experimentadas pela Constituição Brasileira de 1937, em que o legislador se restringia a delimitar os objetivos e sinalizar os parâmetros no qual a atividade normativa deve se balizar.

⁶⁷ GALVÃO, Gabriel de Mello. Fundamentos e Limites Op. cit.,p. 15.

⁶⁸ “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa”. Gabriel GALVÃO recorda que a restrição ao exercício do poder normativo, por outros órgãos não pertencentes ao Legislativo, decorre do art. 25 retro-transcrito. Interpretou essa limitação de duas maneiras: a primeira se fundamentaria em uma tentativa de resgate da função primordial do Congresso Nacional em manifestar a vontade popular cuja representação exerce. A segunda traduziria a intenção do Constituinte de preservar a competência legislativa do Congresso Nacional para o período subsequente à promulgação da Carta Magna, pois como se trata de disposição transitória, apenas ao Congresso Nacional seria restituída a totalidade de sua competência normativa para que depois pudesse delegar, pontualmente, poder normativo dentro dos limites da Constituição. Afirma, ainda, que logo após a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, foram editadas sucessivas medidas provisórias – posteriormente convertidas em lei – prorrogando o prazo previsto no art. 25 do ADCT de modo a assegurar ao Conselho Monetário Nacional sua competência normativa até a

3.3 A função Executiva e a atividade delegada na Administração

Eduardo García de ENTERRÍA⁶⁹ admite a atividade delegada sob o prisma da (i) delegação receptícia, acolhida pelo direito pátrio, por meio das leis delegadas⁷⁰ e do veto legislativo⁷¹, da (ii) delegação remissiva, tratada no item 3.2, correspondendo ao poder regulamentar atribuído privativamente ao Chefe do Poder Executivo para expedir regulamentos, visando à fiel execução das leis⁷² e da (iii) deslegalização,⁷³ objeto de análise do item 3.4. Entende-se, ainda, ser possível a delegação para a apreciação de fatos em razão dos quais resultariam, nos termos da lei, situações jurídicas.⁷⁴ Assim, não poderia o regulamento definir situações jurídicas hipotéticas que só podem ser definidas em lei.⁷⁵

promulgação da lei complementar referida no art. 192 do texto constitucional. Cf. Gabriel de Mello GALVÃO. Fundamentos e LimitesOp. cit., pp. 52 e 53.

⁶⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. 3a ed. Madrid: Civitas, 1998, p.54.

⁷⁰ Cf. arts. 59, IV c/c art. 68 e art. 49, V da CF. Interessante notar que, atualmente, o instituto das leis delegadas encontra-se em desuso. O fenômeno é explicado pela atribuição conferida ao Presidente da República para legislar por meio das medidas provisórias, que é instrumento eficaz para prover as situações de urgência e necessidade com que o governo possa se defrontar. Observe-se, também, que o processo legislativo de autorização para a elaboração das leis delegadas é bastante burocrático, conforme se depreende da análise do art. 68 da Constituição de 1988, incompatível, portanto, com as decisões rápidas que se reclamam do Executivo para solucionar problemas de uma sociedade técnica.

⁷¹ A Constituição prevê o veto legislativo, em seu art. 49, V, por meio do qual o Congresso pode sustar os atos normativos do Executivo, exorbitantes do poder regulamentar ou de delegação legislativa.

⁷² Cf. art. 84, IV da CF.

⁷³ Enquanto, a primeira categoria representa a delegação legislativa, as duas posteriores caracterizam espécies de delegação normativa. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa e limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 215, jan./mar. 1999, pp. 76-77.

⁷⁴ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Do Poder Regulamentar*. *Revista do Serviço Público*. Brasília, 1982, ano 39, vol. 110, n.º 2, p. 32. Note-se, entretanto, que a delegação não pode ser ilimitada. Sobre o tema, inclusive já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no RE n.º 186.623, em que se concluiu pela inadmissibilidade de outorga de poderes legislativos amplos.

⁷⁵ Gabriel de Mello GALVÃO menciona, como exemplo, o poder de editar normas sobre a classificação de substâncias entorpecentes para efeito de definição do tipo penal, havendo grande margem de apreciação por parte da Administração na definição do conceito de substância entorpecente, ficando a hipótese e a consequência jurídica definidas em lei. Cf. *Fundamentos e Limites Op. cit.*, p. 16.

A delegação legislativa⁷⁶ não é prática corrente no ordenamento pátrio, em decorrência da adoção do princípio da indelegabilidade de atribuições previsto no § 4º do art. 60 que veda proposta tendente a abolir a separação de poderes e no art. 68 § 1º do texto Constitucional que delimita as matérias passíveis de delegação legislativa. Dessa forma, a delegação de poderes seria admitida somente em situações excepcionais e desde que previstas na Constituição da República.

Em que pese a observação acima feita, recordamos que os regimes Constitucionais anteriores admitiram a produção normativa do Executivo por meio de delegações legislativas distorcidas, uma vez que não autorizadas constitucionalmente. Nesse contexto, foi editada a Lei n.º 4.595⁷⁷, de 31.12 de 1964 que ao dispor sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, delega, sem parâmetros precisos, ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil, a disciplina do setor financeiro nacional.

Procurou-se, então, trazer as experiências estrangeiras com o intuito de legitimar as delegações legislativas já consumadas. Duas teorias do Direito norte-americano foram acionadas: a teoria do *filling up details* e do *delegation with standards*. Enquanto a primeira defendia a constitucionalidade da delegação em que o Executivo apenas detalhasse ou explicitasse a norma jurídica habilitadora, a segunda, admitia a delegação desde que houvesse *standards* precisos e objetivos fixados para a atuação do Executivo, de forma que a atuação fora desses parâmetros seria ilegítima por configurar omissão legislativa.⁷⁸

⁷⁶ Leomar B.A.de SOUSA define a delegação legislativa como a faculdade de a Constituição Federal conferir ao Legislativo para autorizar outro órgão, sob certas e determinadas condições, a exercer atividade de cunho legislativo. Quanto ao momento de sua utilização, afirma que a delegação legislativa pode assumir um caráter de originária, quando a própria Constituição, primariamente, realiza a transferência de parcela de poder legislativo, como no caso das medidas provisórias e um caráter derivado, quando a transferência de poder legiferante é realizada pelo poder legislativo por meio de norma infraconstitucional, como no caso das leis delegadas e regulamentos delegados. Cf. Leomar B. A. de SOUSA. A Produção. Op. cit., pp. 69-72 e 142-143.

⁷⁷ Note-se, por exemplo, o art. 4º da lei mencionada, que assim dispõe: “Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: (...) XII - Expedir normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas instituições financeiras; (...) XIX - Estabelecer normas a serem observadas pelo Banco Central da República do Brasil em suas transações com títulos públicos e de entidades de que participe o Estado; (...) XXXI - Baixar normas que regulem as operações de câmbio, inclusive swaps, fixando limites, taxas, prazos e outras condições”.

No entanto, por força do art. 25, I do ADCT, a Constituição de 1988 extirpou qualquer possibilidade de existência de atividade delegada fora dos parâmetros legais. Com isso, buscou-se, de um lado, retirar do mundo jurídico os atos normativos editados, de maneira ilegítima, por delegação legislativa e de outro, conferir prazo ao poder legislativo para disciplinar as respectivas matérias por meio de lei.

3.4 O Poder Normativo das Agências Reguladoras

3.4.1 Natureza jurídica do poder normativo do Executivo

A análise do poder normativo do Executivo deve ser realizada de forma paralela ao poder regulamentar, já abordado no item 3.2, de modo que o tópico se restringirá a elencar suas características principais.

O poder regulamentar é competência exclusiva do chefe do Poder Executivo, conforme definido no art. 84, IV da Constituição de 1988, instrumentalizado por meio de decretos de conteúdo normativo e geral e indelegável fora das hipóteses constitucionalmente previstas.⁷⁹ Dessa forma, qualquer hipótese que implique delegação de poder do Presidente da República padeceria de inconstitucionalidade por afronta ao parágrafo único do art. 84 do texto Constitucional.

A fundamentação constitucional do poder normativo do Executivo busca, inicialmente, se respaldar na competência prevista no art. 87, II conferida aos Ministros de Estado para edição de atos normativos inferiores, exteriorizados por meio de resoluções, instruções e portarias e caracterizados como atos subalternos.⁸⁰

⁷⁹ Sobre o tema, conferir Carlos R. de Siqueira CASTRO. *The non-delegation doctrine in the American Constitutional Law*. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 149, jan./mar.de 1979, pp. 149-154.

⁷⁹ Cf. parágrafo único do art. 84 da Constituição Federal. O Supremo Tribunal já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema no RE n.º 178.144.

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 335

Guardam uma relação de validade com os decretos, leis e regulamentos que regerão, sendo, portanto, normas inferiores à lei e ao regulamento.

Sobre a natureza jurídica dos atos administrativos, relembramos Hely Lopes MEIRELLES⁸¹, que classifica os atos administrativos de caráter geral em (i) atos administrativos normativos, incluindo decretos regulamentares, instruções normativas, resoluções, regimentos e (ii) atos administrativos ordinatórios, albergando as instruções, circulares, portarias, quando disciplinam, somente, questões internas à administração. O autor não restringiu o poder normativo como aquele resultante, unicamente, da competência constitucional atribuída aos Ministros de Estado, admitindo a expedição de atos normativos por outras autoridades.

Nesse contexto, admitir-se-ia o poder normativo de outros órgãos ou autoridades em especial no tocante às matérias que exijam uma certa especialização. Observamos que a competência atribuída às agências reguladoras decorre da lei responsável pela sua criação, retirando daí seu fundamento de validade, de maneira que suas normas seriam normas permitidas pelo ordenamento jurídico. Sob esse enfoque, e, em observância ao princípio da legalidade ou reserva de lei formal contido no art. 5º, *caput* e II do texto Constitucional, decorre a necessidade da vinculação do regulamento à lei. Desse postulado, extrai-se, ainda, o princípio da legalidade administrativa prevista no art. 37, *caput* da Constituição. Portanto, se o Executivo expede regulamento contra a lei, estará violando a legalidade do art. 37 e se o regulamento impuser conduta a particular sem a previsão legal necessária, ocorrerá a violação do art. 5º, II.

De outra forma, o fundamento constitucional expresso do poder normativo genérico da Administração direta e indireta estaria, também, no princípio da legalidade. Todavia, não se fundando na reserva de lei formal (ou reserva absoluta de lei)⁸², mas na reserva de norma (ou reserva relativa de lei). O postulado da reserva de norma apresentaria um caráter residual, de modo que o que não fosse

⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direitopp. 161-169.

⁸² O art. 48 do texto Constitucional elenca algumas matérias reservadas a tratamento legal.

previsto, constitucionalmente, como reserva absoluta de lei, seria considerado reserva de norma. Serve como instrumento garantidor das liberdades individuais de modo a evitar a atuação arbitrária das autoridades administrativas. Assim, quando não houvesse previsão de lei, em sentido estrito, para regular determinada matéria, o administrador deveria se pautar em algum instrumento normativo, independente de sua fonte, que legitimasse sua atuação.

De uma maneira ou de outra, o poder normativo das agências não encontra autorização imediata do texto Constitucional, diversamente ao que ocorre com o poder regulamentar do chefe do Executivo ou o poder normativo dos Ministros. Consta, apenas, a previsão do poder normativo genérico de especificação da finalidade legal expressada no art. 5º, II.⁸³

3.4.2 O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face da indelegabilidade da função legislativa

Como demonstrado no decorrer do texto, a necessidade de órgãos da administração pública expedir normas regulamentares relativas à matéria disciplinadas em leis ordinárias já era reclamada na primeira metade do século passado. No contexto atual, a produção normativa dos órgãos reguladores decorre das demandas sociais apresentadas à Administração Pública.

A extensão do poder normativo aos órgãos da Administração Pública deve ser vislumbrada como instrumento de uma atuação célere e flexível buscando solucionar questões em que predomine a escolha técnica, distanciada e isolada dos complexos debates congressuais em que preponderam as escolhas abstratas político-administrativas.⁸⁴

Nessa perspectiva, a especialização das funções dos órgãos estatais reduziu a intensidade do monopólio legislativo, sem, contudo, implicar na perda da competência exclusiva do poder Legislativo para

⁸³ GALVÃO, Gabriel de Mello. Fundamentos e LimitesOp. cit., .29.

⁸⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza Jurídica, competênciaOp. cit., pp. 74-75.

a elaboração da lei.⁸⁵ Da mesma forma, o fundamento jurídico-constitucional de hierarquia entre as normas jurídicas não ficou, de modo algum, comprometido pela possibilidade de se realizar o controle de constitucionalidade das leis e o controle de legalidade dos regulamentos⁸⁶.

As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras possuem baixa densidade normativa a fim de propiciar o desenvolvimento de ordenamentos setoriais, estabelecendo, apenas, parâmetros bem gerais de regulamentação a ser efetivada pelo ente regulador independente. E, as normas produzidas pelas agências reguladoras gozam de legitimidade, uma vez que a competência normativa da entidade encontra-se prevista em sua lei de criação.

Dessa forma, toda a atividade normativa só tem validade se subordinada à lei, o que assegura que a atividade infralegal exercida pelo poder Executivo deve obedecer integralmente ao comando legal. É essa, inclusive, a interpretação que se faz do princípio da legalidade ou reserva de lei formal⁸⁷, segundo o qual só a lei poderá impor obrigações.

Celso Antônio Bandeira de MELLO⁸⁸, ao analisar o princípio da legalidade, destaca que o dispositivo não faz referência à decreto, regulamento, portaria ou resolução, exigindo lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. Portanto, a mitigação deste princípio terá de ser restringir a fundamentos albergados no próprio texto constitucional.

⁸⁵ HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 571.

⁸⁶ Nesse sentido, encontra-se razão a distinção entre atos normativos primários e secundários, segundo o qual os atos normativos de primeira grandeza são aqueles resultantes do processo legislativo constitucional, e as normas de segunda grandeza são aquelas decorrentes de poder normativo regulamentar ou infralegal.

⁸⁷ Note-se que o princípio da reserva legal deve ser analisado sob o aspecto da legalidade estrita (ou legalidade administrativa) para a Administração Pública e da reserva legal aos particulares, fundado na regra da liberdade, ou seja, os particulares podem fazer tudo o que não é proibido por lei ao passo que a Administração Pública somente poderá agir conforme autorização legal.

⁸⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.310.

No entanto, esse não é o entendimento dos que compartilham da tese da reserva de norma. Como destacado no item 3.4.1, o instituto representa instrumento de proteção das garantias constitucionais dos administrados quando da ausência de reserva de lei formal, pois exige da administração uma prévia autoprogramação da regra.⁸⁹

Portanto, segundo o subprincípio da reserva de norma, se prevista a reserva de lei formal no texto constitucional, a edição de lei formal deve ser observada, ao passo que nos casos em que não houver a reserva de lei formal, mas a reserva de norma, haverá a possibilidade de deslegalização.

A deslegalização ou delegificação seria uma teoria na qual ocorre a transferência da função normativa da esfera legislativa estatal a outra sede normativa.⁹⁰ Caberia, pois, à lei deferir ao regulamento a disciplina legal que promove a degradação normativa da lei anterior, permitindo que a Administração Pública discipline a matéria por regulamento.

Eros Roberto GRAU⁹¹ enuncia que o princípio da reserva de norma é acatado, ainda que as definições estabelecidas decorram de atos normativos não legislativos, desde que fixadas em virtude de lei, pois o princípio da legalidade expressa reserva de lei em termos relativos. Não haveria impedimento de atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo para, no exercício da função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer, impô-las aos particulares e os vincular, desde que não isolada de uma regra pré-existente.

Diante da dimensão conferida, entre nós, ao princípio da legalidade, a atuação normativa deverá observar se a matéria deve ser veiculada por lei, por inovar, originariamente, na ordem jurídica ou não, por já haver parâmetros legalmente definidos. No primeiro caso, não poderá o instrumento normativo infralegal dispor livremente sobre a matéria ou definir situações jurídicas que só podem ser

⁸⁹ GALVÃO, Gabriel de Mello. Fundamentos e LimitesOp. cit., p. 58.

⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre S. de. O poder normativoOp. cit., pp. 288-292.

⁹¹ GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 183-184.

definidas na lei, ao passo, que no segundo caso poderá o legislador deixar ao Executivo a tarefa de dispor sobre a matéria, observando, sempre, os estritos limites da lei.

O problema ocorre quando a ação normativa do poder Executivo incide sobre um universo mais amplo de discricionariedade, em especial, a técnica, de maneira que a atuação do administrador deve sempre estar pré-definida. Assim, é necessário definir quando a lei não, apenas, deixa uma margem de liberdade ao Executivo para o exercício do poder normativo, mas, passa a delegar poder.⁹² Uma atuação normativa decorrente de uma delegação indeterminada e genérica, sem o estabelecimento de padrões mínimos de atuação, seria inconstitucional por caracterizar abdicação das funções legislativas pelo Congresso.

Portanto, quando da atribuição do poder normativo à Administração, é necessária a existência de um parâmetro de controle desse poder, ou seja, a lei habilitadora deve trazer as balizas e referências, sob pena de haver delegação normativa por impossibilidade de controle do mérito da norma administrativa. E, eventual delegação normativa seria inconstitucional face à indelegabilidade da função legislativa.

3.4.3 Deslegalização e Reserva de Norma

A descentralização da produção normativa como meio de se instrumentalizar a adoção de medidas rápidas em resposta às demandas estatais, contribuiu para elaboração de leis com um reduzido detalhamento em seu conteúdo.

Nesse contexto, a deslegalização deve ser vislumbrada como o processo de transferência de disciplina tratada em lei ao âmbito do regulamento. Eduardo García de ENTERRÍA⁹³ caracteriza o fenômeno

⁹² Não há delegação quando o Executivo apenas detalha os conceitos referidos pelo legislador ou disciplina os procedimentos utilizados pela Administração nas relações estabelecidas com os particulares.

⁹³ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Legislación Delegada....Op.cit.*, p. 220.

como a operação em que uma lei, sem entrar na regulação material de um tema, até então regulado por lei anterior, permite a disponibilidade do tema pelo poder regulamentar da Administração. Esta regulação não poderia, também, inovar diretamente, senão para rebaixar formalmente o seu nível, de modo que possa ser modificada posteriormente por simples regulamentos.⁹⁴

CANOTILHO⁹⁵ preleciona que não haveria impedimento ao enfraquecimento de grau hierárquico de uma norma por meio da deslegalização, exceto para os casos em que a Constituição exige lei formal, pelo instituto da reserva absoluta de lei. Arremata, observando que a deslegalização possui, de um lado, função de rebaixamento de grau, pois sem a existência de lei deslegalizadora os atos regulamentares inovadores ou *contra legem* seriam inconstitucionais e, de outro, função outorgante, em vista da lei deslegalizante ser, simultaneamente, uma lei autorizante da disciplina material por meio de regulamentos. Observamos que a teoria da deslegalização, tal como, defendida acima, é aceita por parte da doutrina brasileira como justificativa da produção normativa das agências reguladoras.⁹⁶

Cumprir observar que eventual violação de competências normativa, pelo instituto da deslegalização, deve, sempre, se fundamentar no desrespeito a reserva de lei tal como prevista na Constituição. Dessa forma, havendo reserva absoluta de lei, o Legislativo não estaria autorizado a elaborar lei ordinária autorizando a regulamentação da matéria por decreto ou norma administrativa.

Assim, nos moldes propostos pela corrente da deslegalização, a previsão constitucional do art. 48, inciso XII - que estabelece como reserva absoluta de lei, a competência para dispor sobre telecomunicações e radiodifusões - comprometeria a legitimidade da ANATEL para editar normas deslegalizadas na égide da Lei n.º 9.472/97.

⁹⁴ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza Jurídica...*Op. cit., pp. 76-77.

⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2a ed. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 738-740.

⁹⁶ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza Jurídica...*Op. cit., p. 78 e ARAGÃO, Alexandre S. de. *O Poder Normativo...*Op. cit., p. 289.

4. Conclusão

A atribuição de poderes normativos às agências reguladoras reflete a limitação do Poder Legislativo em acompanhar a dinamicidade característica da sociedade moderna, rompendo com o modelo implantado no constitucionalismo, pautado na separação dos poderes, com prevalência da atividade legislativa.

MONTESQUIEU elaborou um sistema de equilíbrio dos poderes que deve ser adaptado à realidade constitucional de nosso tempo, por meio da colaboração entre os órgãos constitucionais estatais, em especial, entre o Executivo e o Legislativo. Nesse contexto, se aceita a participação ativa do Executivo, conferindo-se ao administrador grande margem de discricionariedade para que se habilite a responder às crescentes exigências da sociedade, desde que se ampliem os mecanismos de controle de sua atuação.

De um lado, verifica-se que o referencial de toda a inovação da produção normativa do Executivo se funda na deslegalização de matérias, cuja competência de regulamentação é retirada da lei e transposta às normas administrativas. Assim, parte da doutrina admite a produção normativa das agências reguladoras desde que admitida a legitimidade da teoria da delegificação, ao argumento de que fora dessa interpretação, a produção normativa regulatória seria reconhecida como autônoma, e, eivada de inconstitucionalidade por violação ao princípio da reserva legal.

Contra a teoria apresentada pesam alguns argumentos que dificultam sua incorporação no ordenamento jurídico pátrio. A lei de deslegalização pode ser aplicada, somente, em relação à matéria não reservada, constitucionalmente, a tratamento legal e, no caso de reserva de norma, não poderia atribuir à Administração sua imediata regulamentação, sob pena de violação da competência regulamentar do chefe do Executivo. Note-se, ainda, que a lei deslegalizante deve trazer consigo os parâmetros da matéria regulada para não comprometer o controle judicial dos atos administrativos dela decorrentes.

Entende-se não ser razoável a criação de obrigações isolada de reserva de lei. O poder normativo do Executivo, ou tradicionalmente conhecido como regulamentar, já é prática na Administração por mais de meio século. Em observância ao princípio constitucional da legalidade, em sua vertente da juridicidade e legalidade estrita, deve-se admitir a produção normativa da Administração desde que observada a validade e a legitimidade do conteúdo da norma.

Por validade, consideramos o atributo da autoridade intrínseco à norma jurídica voltado ao cumprimento de suas finalidades. Decorre de sua adequabilidade formal e material à outra norma imediatamente superior na hierarquia das normas existente na ordem jurídica. A legitimidade, por sua vez, deve ser analisada sob o aspecto da necessidade da norma, a observância das conquistas da sociedade e o respeito ao acervo jurídico da humanidade. Portanto, um ato normativo vinculará uma conduta quando reconhecido competente pela ordem jurídica, cuja atribuição fora conferida pela ordem jurídica superior.

Recorda-se, aqui, o sentido jurídico atribuído, por Hans KELSEN, à Constituição de um Estado. O autor defende um verdadeiro escalonamento de normas, uma constituindo o fundamento de validade da outra, de modo que se estabeleça uma verticalidade hierárquica. Uma norma de hierarquia inferior deve buscar o seu fundamento de validade na norma superior e, esta na seguinte, até chegar-se à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional. Dessa maneira, os comandos expedidos pelas autoridades executivas devem encontrar, verticalmente, suporte de validade para serem admitidos no ordenamento jurídico⁹⁷.

⁹⁷ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, pp. 19 e 20.

5. Bibliografia

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Poder Normativo das Agências Reguladoras Independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, ano 37, n.º 148, out./dez. 2000.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.
- BARKER, Sir Ernest. *Teoria Política Grega*. Trad. Sérgio Bath. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Separação dos poderes na constituição brasileira*. Revista de Direito Público, n.º 59, 1981.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.
- CASSAGNE, Juan C. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo Perreot, 1994.
- CASTRO, Carlos R. de Siqueira. *The non-delegation doctrine in the American Constitutional Law*. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 149, jan./mar., 1979.
- CHEVALLIER, Jean-Jaques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Trad. Lydia Christina. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1957.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na constituição de 1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____ *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- DALLARI, Dalmo de A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.
- DI PIETRO, Maria S. Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

- _____. *Parcerias da Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1998.
- GALVÃO, Gabriel. *Fundamentos e Limites da atribuição do Poder Normativo às Autarquias Autônomas Federais (agências reguladoras)*. Brasília: Editora UnB, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Ed. RT, 1990.
- _____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Izza da Silva, São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.
- MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 21ª ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1993.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa e limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 215, jan./mar. 1999.
- PINTO, Bilac. *Estudos de Direito Público*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.
- RÃO, Vicente. *As Delegações Legislativas no Parlamentarismo e no Presidencialismo*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1966.
- REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ed. Expressão e Cultura. 2ª ed. 1998.
- _____. *Teoria do Direito e do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1960.

- ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social*. Trad. e coment.: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- SALDANHA, Nelson. *O poder Legislativo – Separação de Poderes*. Vol. 2, Brasília: Fundação Petrônio Portella (Ministério da Justiça), 1981.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SOUSA, Leomar Barros Amorim de. *A produção normativa do executivo*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1999.
- STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Trad. Javer Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do Poder Regulamentar. *Revista do Serviço Público*. Brasília, 1982, ano 39, vol. 110, n.º 2.

DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E FUNÇÃO NORMATIVA EM SETORES REGULADOS, E SUA IDENTIFICAÇÃO NA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES

Jaqueline Mainel Rocha de Macedo¹

I – Introdução. II – Análise do tema. 1. Discricionariedade técnica e suas fontes geradoras. 1.1. Noção de regulação e discricionariedade técnica em setores regulados. 1.2. Discricionariedade. 1.3. Discricionariedade técnica. 1.4. Fontes geradoras da discricionariedade: margem de escolha e conceitos indeterminados. 2. Função normativa das agências reguladoras, compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e natureza. 2.1. Função normativa e o texto constitucional. 2.2. Norma jurídica e função normativa conjuntural do Executivo. 2.3. Fundamentos da função normativa das agências reguladoras. 2.4. Principais agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro e sua função normativa. 3. Discricionariedade Técnica e Função Normativa na atuação da ANATEL. 3.1. Forma de exercício da competência normativa pela ANATEL. 3.2. Vínculo específico com a Administração na prestação de serviços de telecomunicações. 3.3. Meio de atribuição de competência técnico-discricional à ANATEL: standards normativos e conceitos indeterminados presentes na LGT. III – Conclusão. IV – Bibliografia.

I – Introdução

A importância do estudo da discricionariedade técnica ressurge na atualidade com a criação de entidades na Administração Pública brasileira, conhecidas como agências reguladoras, encarregadas de

¹ Procuradora Federal, pós-graduada em Regulação de Telecomunicações pela Universidade de Brasília e Membro do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

expedir normas e fiscalizar determinados setores econômicos ou atividades sobre as quais pende o interesse público.

Nesse contexto, o propósito do presente trabalho é traçar os contornos da atribuição de função normativa aos novos entes reguladores setoriais, em especial a Agência Nacional de Telecomunicações, e o exercício de competência técnico-discrecional por estes entes.

A apreciação da noção de discricionariedade técnica visa a comprovar que as agências reguladoras, em especial a ANATEL, editam normas que combinam apreciação técnica e margem discricional, atribuída por meio de suas leis instituidoras. A associação de tais elementos deve-se ao alto grau de volatilidade da matéria técnica, que é alavancada pela velocidade do desenvolvimento tecnológico.

Também é objetivo do presente estudo comprovar que o exercício de função normativa pelas agências reguladoras está em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, além de fundar-se no exercício de função normativa de conjuntura, como proposto por MONTESQUIEU na formulação da teoria da separação de poderes.

Para atingir os propósitos visados, este estudo faz uma análise do conceito de discricionariedade e o modo pelo qual é conferida por lei; tece estudo sobre a noção de discricionariedade técnica e sobre as origens da função normativa do Executivo, bem como sobre o fundamento da função normativa atribuída às atuais agências reguladoras no Brasil. Por fim, promove a análise da função normativa atribuída a ANATEL, sua forma de exercício e parâmetros normativos presentes na Lei Geral de Telecomunicações, que estabelecem os atributos dessa competência e seus limites materiais.

Em suma, visa a compreender como a discricionariedade técnica serve de mediador para a atribuição da competência normativa conferida aos novos entes reguladores independentes no direito brasileiro – os limites do seu exercício, a forma de previsão normativa, e demais requisitos –, quais os moldes dessa competência e como ela é exercitada, particularmente, no caso da ANATEL.

II – Análise do Tema

1. Discrecionalidade técnica e suas fontes geradoras

1.1. Noção de regulação e discrecionalidade técnica em setores regulados

O Estado de Direito contemporâneo, diante da velocidade do desenvolvimento tecnológico, associada à incapacidade do Legislativo de prover o disciplinamento normativo integral da diversidade de temáticas, tem passado por amplo processo de reestruturação.

Firmou-se tendência de que o Estado deveria restringir sua atuação aos serviços públicos típicos de sua natureza, que não pudessem ser delegados ao particular, bem como ao controle de interesses eleitos constitucionalmente como de sua guarda, dentre eles defesa do consumidor, meio ambiente, patrimônio histórico, entre outros.

Certas entidades componentes na Administração Pública, dotadas de competência técnica, tiveram a si atribuídas funções de normatização e controle de setores sociais com repercussão para o interesse público. O propósito de tal atribuição foi assegurar resposta a demanda por modos compatíveis de disciplina, propondo-se a preservar o interesse público frente à atuação capitalista, mormente nas atividades tidas como serviços públicos, cuja exploração econômica fora delegada a particulares.

Além de não acompanhar o crescimento da pauta legislativa, firmou-se o entendimento de que o Estado seria ineficiente no exercício de atividades econômicas, devendo, portanto, restringir-se àquelas de interesse estratégico.²

Desse modo, fortaleceu-se o papel estatal de interventor indireto. A noção de regulação setorial tomou corpo e acabou por reverter a

² O art. 173 da Constituição define os limites da atuação do Estado na exploração direta de atividade econômica, configurando-a como uma atividade de exceção: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

idéia de que, com a delegação da prestação de certos serviços à iniciativa privada, diminuiria a participação do Estado na economia.³

Desse modo, a saída do Estado na atuação econômica, especialmente naquelas atividades que configuravam serviço público, acabou por evidenciar a separação do que antes convivia conjuntamente: o órgão regulador e o prestador do serviço. Tal evidencia-se, claramente, no setor de telecomunicações, em que o antigo Sistema Telebrás concentrava a prestação do serviço de telefonia e a expedição de normas regulamentadoras.

A separação das duas faces de ação estatal configura, então, a distinção entre intervencionismo direto e intervencionismo indireto. O primeiro ligado a prestação direta de determinado serviço pelo Estado, e o segundo concernente à atividade de fiscalização, regulamentação e monitoramento da atividade econômica.

Assim, a fim de viabilizar o que se denomina de desconcentração regulatória operacional, que é a saída do Estado da atuação econômica, incrementou-se a regulação normativa, consistente na responsabilidade que assume o Estado “na imposição de normas jurídicas aos particulares no desempenho de atividades econômicas”⁴. Esta seria a contrapartida necessária especialmente em matéria de serviços públicos.

³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo, *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. p. 47. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org). *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 72-98, ressalta a crescente atuação do Estado na regulação econômica: “ (...) podemos identificar outra ordem de intervenção estatal no domínio econômico, que designariamos de intervencionismo indireto. Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia. “(§)” A distinção entre intervencionismo direto e indireto é útil para fixarmos uma primeira mensagem: a retirada do Estado do exercício de uma atividade econômica não significa, nem pode significar, uma redução do intervencionismo estatal. Muito ao revés. Tanto entre nós como em vários exemplos que podemos colher da experiência européia, nota-se que à retirada do Estado do exercício direto da atividade econômica correspondeu um crescimento da intervenção (indireta) estatal sobre esta atividade específica.”

⁴ AGUILLAR, Fernando Herren . *Controle social e controle estatal de serviços públicos*, In *Controle social de serviços públicos*, São Paulo: Max Limonad, 199, p. 211 e 212.

Para atender às exigências de especialidade técnica e à minoração da atuação estatal direta na economia, renasce, de antigas propostas⁵, a de se criar órgãos reguladores específicos, inspirados no modelo norte-americano.

Com a criação de tais entidades da Administração Indireta, evidenciou-se o exercício de competências de complementação do arcabouço normativo de setores específicos. O Legislativo passou, portanto, a definir em lei as diretrizes gerais para os setores controlados, deixando a cargo do Executivo, por meio do Presidente da República e das agências, a integração do ordenamento setorial.

Tais formas de atuação encontram-se relacionadas à noção de regulação⁶, ligada ao conceito econômico de correção de falhas de

⁵ Para mais informações, vide: Bilac Pinto, *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*, Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1941 e Luiz de Anhaia de Mello, *O Problema Econômico dos Serviços de Utilidade Pública*.

⁶ Há que se atentar ao fato da apropriação do conceito de regulação, próprio da Economia, com a tradução de suas implicações para o Direito. Tal não se mostra necessariamente errado, mas a forma como foi feita esta transposição dotou o conceito de regulação de uma imprecisão jurídica muito grande. Dentro dessa imprecisão, mostra-se como grande equívoco a vinculação da atuação do Poder Público tão somente aos efeitos econômicos dessas atividades. Na tradução econômica de regulação, fala-se não em benefícios sociais, valores e princípios, mas em externalidades, que nada mais são do que a tentativa de quantificação econômica de resultados não-econômicos, positivos ou negativos, de uma atividade econômica, que repercute na sociedade. Assim, Calixto Salomão justifica a regulação com o objetivo da eliminação de externalidades, em especial aquelas ligadas à competição, o que não retira do universo tantas outras, ligadas à questões ambientais, sociais, etc, e que justificam a atuação ordenadora do Estado. O que pode gerar alguma confusão é a tentativa de atribuição de um regime jurídico próprio da regulação. A origem dessa confusão está em botar num bolo só a atividade ordenadora e a atividade de gestão do Estado, quando no Direito, historicamente, essas atividades são diferenciadas – e a elas se atribuem conseqüências jurídicas distintas. “(...) é tarefa mínima da regulação garantir, de forma ativa, condições básicas de concorrência. Essa necessidade pode se fazer sentir de forma premente em duas situações diversas. Em primeiro lugar, quando existem condições estruturais que impedem o estabelecimento da concorrência. Em segundo, quando as mesmas condições estruturais não impedem que se crie a concorrência, mas fazem com que esta se torne instável. No primeiro caso trata-se da chamada regulação de posições dominantes, e no segundo, a regulação daquilo que se convencionou chamar de regulação de mercados instáveis. (§) Esta lista, evidentemente, não esgota as hipóteses regulatórias. Existem inúmeras outras, motivadas por razões específicas de interesse público. A todas elas não se pode dar coerente tratamento sistemático. Limita-se, então, a presente análise àquelas que têm emracioncínios e princípios concorrenciais um de seus fundamentos básicos (e mínimos) de existência” Calixto Salomão Filho, *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, São Paulo, Malheiros: 2001, p. 41 Eros Roberto Grau, na obra “O direito posto e o direito pressuposto”, São Paulo: Malheiros, 3ª edição, p. 93,

mercado, ou, mais propriamente, ao exercício da atividade ordenadora do Estado, como concepção remodelada do poder de polícia⁷.

Como ingerência do Estado na atividade econômico-social, a regulação pode se manifestar das seguintes formas, de acordo com o autor Vital MOREIRA: a) em sentido amplo, como forma de intervenção do Estado na economia; b) em sentido menos abrangente, como condicionamento, coordenação e disciplina da atividade

esclarece a adoção do conceito “regulação” no Brasil: “Como os norte-americanos usam o vocábulo *regulation* para significar o que designamos ‘regulamentação’, *deregulation*, para eles, assume o mesmo significado que indicamos ao usar o vocábulo “regulação”; vale dizer: a *deregulation* dos norte-americanos está para a *regulation* assim como, para nós, a ‘regulação’ está para a ‘regulamentação’.”

⁷ Carlos Ari Sunfeld, na obra *Direito Administrativo Ordenador*, propõe a reconstrução da teoria da ação administrativa em três grandes setores: administração de gestão, administração fomentadora e administração ordenadora, que, segundo ele, não seriam de grande novidade, por já terem sido defendidos por Eros Roberto Grau na obra *Elementos de Direito Econômico*. Segundo o autor, a administração de gestão “corresponde a função de gerir – como agente, como sujeito ativo – determinadas atividades.” Dela fariam parte as utilidades ou comodidades materiais fruíveis diretamente pelos administrados. Assim, “em sua dupla modalidade: a prestação de serviços públicos (isto é, os reservados ao Estado) e de serviços sociais (atribuídos a ele sem caráter de exclusividade, o que elimina a técnica concessional; são os casos de educação e saúde oferecidas)” (p. 16). À administração fomentadora, por sua vez, “corresponde a função de induzir, mediante estímulos e incentivos – prescindindo, portanto, de instrumentos imperativos, cogentes – os particulares a adotarem certos comportamentos. (§) Por fim, a administração ordenadora congrega as operações estatais de regulação do setor privado (e, portanto, ligadas à aquisição, exercício e sacrifício de direitos privados), com o emprego do poder de autoridade.” (p. 16 e 17). Mais adiante, o autor ressalta a substituição de postura metodológica, ao afirmar que não convém falar em poder de polícia, porque ligado a realidade jurídica não mais existente, e sim em administração ordenadora. “Não convém falar em poder de polícia porque ele: a) remete a um poder – o de regular autonomamente as atividades privadas – de que a Administração dispunha antes do estado Direito e que, com sua implantação, foi transferido para o legislador; b) está ligada ao modelo de Estado liberal clássico, que só devia interferir na vida privada para regulá-la negativamente, impondo deveres de abstenção, e, atualmente, a Constituição e as leis autorizam outros gêneros de imposição; c) faz supor a existência de um poder discricionário implícito para interferir na vida privada que, se pode existir em matéria de ordem pública – campo para o qual o conceito foi originalmente cunhado – não existe em outras, para as quais a doutrina transportou-o acriticamente, pela comodidade de seguir usando velhas teorias. (p.17) Apresenta, pois, como conceito de administração ordenadora: “é a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhe é próprio”. (p.20). Nesse ponto, ressalta que “excluem-se do campo privado as atividades que, cabendo ao Estado, não possam ser desempenhadas pelos particulares sem ato estatal de delegação”, o que traz grandes implicações na análise do setor de telefonia, que, segundo a Constituição, será explorado diretamente pela União, ou delegado ao particular por meio de concessão, autorização ou permissão (art. 21, inciso XI), como se tratará a seguir, no item 3.2.

econômica privada; e c) em sentido restrito, como condicionamento normativo da atividade econômica privada, por meio de lei ou outro instrumento normativo.⁸

Variados são, pois, os vínculos pelos quais o Estado pode condicionar as atividades particulares: tanto na produção de normas que atinjam e disciplinem a atuação do particular, quanto na emanção de atos individuais e concretos, como licença ou outorga para exercício de certa atividade, entre outros. Regulação se traduz, por conseguinte, em intervenção do Estado na esfera privada de atuação, direcionando o seu comportamento.⁹ Nesse sentido, encontra-se a disposição do art. 174 da Constituição Federal, que coloca o Estado como “*agente normativo e regulador da atividade econômica*”.

No que diz respeito à expedição de normas setoriais específicas, a noção de discrecionalidade técnica representa importante ponto

⁸ Cf. MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34-35 apud SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. p. 124-162. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 216, Rio de Janeiro: abril/junho 1999, P. 128.

⁹ Carlos Ari Sunfeld destaca, conciliando as três diferentes concepções, que: “A regulação enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as ‘atividades econômicas em sentido estrito’) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva legal (prestação de ‘serviços públicos’, exploração de ‘bens públicos’ e de ‘monopólios’ estatais).” SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. p. 17-38. In: Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000. “Assim, escolhamos como um outro critério a competência normativa, entendendo-se por esta a produção de normas gerais, que podem ser veiculadas através de regulamentos (e, nesse caso, se fala em poder regulamentar), resoluções, portarias, etc. “Possuindo poder normativo, então, consideramos o ente uma agência reguladora. Esta será, portanto, não o ente que simplesmente exerça regulação em qualquer de suas formas, mas, acima de tudo, o que possua competência para produzir normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direitos do particular.” MENDES, Conrado Hübner, Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. p. 130- 131 In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Direito Administrativo Econômico, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 129.

de estudo para compreensão dessa forma de atuação das agências reguladoras, tida como uma de suas notas características¹⁰, entre elas incluída a Agência Nacional de Telecomunicações – foco específico de estudo no presente artigo.

Importante também é a questão da tecnicidade, na medida em que observa-se no bojo da criação das agências a necessidade de atender com velocidade a demandas técnicas, seja na edição de normas, inovando no ordenamento jurídico, seja na resolução de pleitos administrativos relacionados a análises de questões técnicas específicas. Decorrente dessas necessidades é que emerge a noção de discricionariedade técnica.

Concernente ao âmbito de independência do administrador na decisão de questões técnicas, a discricionariedade técnica tem fundamento por estar embasada no aparato necessário para investigação da solução mais conveniente e oportuna quando se tratar de matéria técnica específica, valorizando-se a atuação de um órgão administrativo especializado.¹¹

¹⁰ Conrado Hübner Mendes expõe claramente a importância do poder normativo na caracterização de um ente regulador: “(...) os critérios que usamos até agora para classificar um ente regulador foram inúteis, já que não permitiram visualizar qualquer diferença entre os entes analisados (todos seriam reguladores, nenhum seria independente). “Assim, escolhemos como um outro critério a *competência normativa*, entendendo-se por esta a produção de normas gerais, que podem ser veiculadas através de regulamentos (e, nesse caso, se fala em poder regulamentar), resoluções, portarias, etc. “Possuindo poder normativo, então, consideramos o ente uma agência reguladora. Esta será, portanto, não o ente que simplesmente exerça regulação em qualquer de suas formas, mas, acima de tudo, o que possua competência para produzir normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direitos do particular.” MENDES, Conrado Hübner, *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão*. p. 130- 131 In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 129.

¹¹ Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, o elevado grau de especialização mostrou-se como razão para que fosse atribuída às agências “uma esfera em que seus atos, mesmo os regulatórios, por envolverem conhecimentos técnicos”, estariam fora do controle judicial, o que se passou a entender, no dizer da autora, por discricionariedade técnica. Esclarece DI PIETRO na seqüência: “Vale dizer que os aspectos técnicos das decisões eram de competência normativa da agência, observados apenas os princípios genéricos, os standards, contidos na lei, escapando inclusive à revisão judicial, a não ser que se tratasse de ato manifestamente arbitrário, absurdo, caprichoso, contrário à intenção do legislador.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 1999. p. 135) . Note-se que, para a autora, não há total ausência de controle da atuação dos entes reguladores.

Nesse sentido, pode-se repartir a discrecionalidade técnica em duas noções: (1) naquela que vai nortear a prática de ato administrativo, em que normas existentes *a priori* fixam margem de escolha segundo a apreciação de critérios técnicos combinados com juízo de conveniência e oportunidade; e (2) naquela que norteia o exercício da competência normativa com base técnica e de grande volatilidade (alto grau de modificação) em determinada área regulada.

1.2. Discrecionalidade

Com o advento do Estado de Direito, após as revoluções burguesas, houve limitação à ação arbitrária do Poder Público. A partir de então, teve ele que enfrentar toda uma gama de contradições frente à necessidade de conciliar a supremacia inerente ao Estado com os direitos e liberdades dos cidadãos, conquistados nas revoluções inglesa, de 1689; americana, de 1776; e francesa, de 1779.

O grande atributo do Estado de Direito foi, certamente, ter submetido a ação do Estado a um quadro normativo impositivo tanto para o Governo quanto para os indivíduos. Tal submissão teve gestação no pensamento de Montesquieu e de Rousseau, quando trataram, respectivamente, da separação de funções estatais e da soberania popular como legitimadora do poder.

A idéia de igualdade, norteadada pela de soberania popular, designa que o poder pertence a todos igualmente, conforme está previsto no texto constitucional brasileiro no art. 1º, §1º, e no art. 2º. Nesse diapasão, as atividades estatais, em especial as administrativas, são essencialmente o cumprimento da vontade geral emanada do povo, fixada, inicialmente, na Constituição e posteriormente na lei. Com esse espírito surgiu a concepção de que a atividade administrativa é basicamente uma atuação submetida aos ditames da lei, como forma de controle do poder soberano do monarca absolutista.

Os atos administrativos apresentam cinco elementos básicos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. A competência e finalidade do ato administrativo são sempre vinculados aos requisitos legais. Somente lei pode estabelecer a autoridade competente para a

prática do ato, considerando-se que a Administração só atua quando autorizada por lei. Quanto à finalidade, em sentido amplo, deve atender ao interesse público; em sentido estrito, equivale ao resultado específico visado pela norma. Quanto ao motivo, à forma e ao objeto, pode haver vinculação ou discricionariedade. Caso a lei traga predeterminados todos os requisitos necessários para a prática do ato administrativo, haverá vinculação integral. Caso deixe margem de apreciação ao administrador diante da situação concreta, haverá discricionariedade.

Assim, há duas formas básicas mediante as quais a lei atribui competência ao administrador. Pode a lei regular uma série de situações de possível ocorrência e estabelecer previamente qual a solução única a ser obrigatoriamente adotada pela Administração ao se verificar essa determinada situação fática. Há determinação estrita em lei dos motivos e objeto do ato, ou seja, o modo de agir. Assim, verificada determinada circunstância, isto é, constatados os motivos¹², o administrador deve proceder dentro de certo prazo e modo, sob pena de violar a lei. Ocorre, nesse caso, vinculação.

A discricionariedade, por sua vez, tomou fôlego com o crescimento da atuação estatal, associada à diversidade de ocorrências da realidade fática, quando se tornou mais difícil prever em lei todas as hipóteses de fato que poderiam se concretizar na prática da Administração Pública. Passou a ser extremamente raro que, em face da gama de situações concretas, a norma de Direito identificasse objetivamente cada uma delas e estabelecesse qual a “*conduta única*,

¹² Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. § Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato. § Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato”, DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2001, p. 202. Celso Antônio Bandeira de MELLO, por sua vez, considera que o motivo é “o pressuposto objetivo de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato.” Desse modo, não considera na conceituação de motivo o pressuposto de direito, que classifica separadamente, como motivo legal, que seria a “previsão abstrata de uma situação fática, empírica”. Diversamente, “o motivo do ato é a própria situação material, empírica para a prática do ato.” MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 10ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 240/241.

integralmente regulada e obrigatoriamente adotável'.¹³ Nesses casos, a norma atribui certa margem de liberdade ao administrador, conferida por meio da discricção presente na norma, pela qual podem ser apreciados pela autoridade o motivo ou o objeto do ato, ou ambos simultaneamente.¹⁴

A noção de discricionariedade decorre, portanto, da impossibilidade de o legislador prever nas leis todas as hipóteses fáticas e suas respectivas soluções ou de dar a solução mais adequada para cada situação concreta.¹⁵ Então, em face da inviabilidade de engessar todas as medidas administrativas em lei, é confiada ao administrador a faculdade de decidir, em face do caso concreto, qual a melhor solução a ser adotada, dentre indiferentes jurídicos¹⁶,

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1996, p. 16.

¹⁴ Leciona FAGUNDES, Seabra na obra *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição, 1967, p. 82 e 83: "No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender. Nestes casos, a competência é livre ou discricionária. A propósito de tais atos, não é possível cogitar de nulidade relacionada com o motivo, com o objeto, ou com ambos, conforme a respeito de qualquer um desses requisitos, ou dos dois, possa deliberar livremente a Administração. No mais, entretanto, ou seja, quanto à manifestação da vontade (falta de competência para agir e defeito pessoal na vontade do agente), finalidade e forma, o ato discricionário incide nos mesmos casos de invalidez dos atos vinculados". "Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos como liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo."

¹⁵ Relembra DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo: Editora Atlas, 1991, p. 41 que: "Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações que o administrador terá de enfrentar. Isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis". (grifo nosso)

¹⁶ Os indiferentes jurídicos representam soluções administrativas que, sob a perspectiva do Direito ou da norma legal, se mostram possíveis, cabendo ao administrador escolher entre elas, segundo critérios de conveniência e oportunidade. Por isso se diz que somente ao administrador é dado penetrar no mérito dos atos administrativos, pois o Judiciário somente pode agir para impedir o que não seja juridicamente indiferente para o Direito.

possibilitando-se, assim, melhor governabilidade.¹⁷ Nesse contexto, a discricionariedade não constitui um recurso excepcional e derogatório da vinculação, mas “*uma técnica ordinária, uma solução normal em face a impossibilidade de tudo se prever na letra da norma*”.¹⁸

Como seria, então, possível conciliar a dupla vinculação da ação do Estado quanto à legitimidade, que é o interesse público não legislado, e à legalidade, que é o interesse público legislado?¹⁹

A discricionariedade surge como fator mediador de competência, como técnica que possibilita, a partir de abertura prevista na lei, que o administrador integre a norma em face da realidade administrativa. Nesse sentido, auxilia na concretização da norma sem que haja interrupção na sua aplicabilidade e evita que haja excepcionalidades derogatórias da legitimidade ou legalidade. Por outro lado, para assegurar que um ato qualquer não seja praticado com desvio de finalidade, esta é posta como elemento vinculado do ato administrativo.

Desse modo, verifica-se que a finalidade última de todo ato administrativo é a consecução do interesse público. Esse é um aspecto necessariamente vinculado de todos os atos administrativos, sobre o qual os administradores não podem dispor. Assim, o descumprimento da finalidade pública enseja correção judicial do ato discricionário, podendo ele ser anulado por violar tal interesse.

Discricionariedade importa, etimologicamente, opção. O ordenamento jurídico constitui-se em um escalonamento, em rumo à efetivação dos atos concretos, como ensina KELSEN²⁰, em sua teoria

¹⁷ Interessante notar que se houvesse total previsão nas leis de qual a conduta a ser adotada pelo administrador, a função deste seria totalmente esvaziada. Na prática, observa-se que o Executivo é o poder da República que apresenta o maior número de agentes e que é encarregado do maior número de atribuições.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discricionariedade: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição, 2001, p. 36.

¹⁹ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discricionariedade: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição, 2001, p. 32.

²⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247, ensinava que “A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as

do processo gradativo de criação do direito. Todo ato, nesse sentido, constitui a concretização de um ato de grau superior. Somente por meio da junção de novos elementos, não determinados de modo perfeito pelo ato superior, é que se poderá chegar à aplicação da previsão contida na norma superior, sem o que essa mesma norma seria imprecisa e impossível. A liberdade para a determinação de tais novos elementos é que constitui o denominado poder discricionário²¹, marcado pelo grau de opção nos juízos de conveniência e oportunidade. Nesse sentido, como ensina o próprio KELSEN, o juízo discricionário não constitui um privilégio da administração, mas há necessariamente que ocorrer na aplicação de normas gerais ou abstratas a casos individuais e concretos.²²

determinantes daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental pressuposta". Além da questão da competência e do procedimento de elaboração, a norma superior pode determinar também o conteúdo da norma inferior. Ensina Kelsen: "(...) , a criação de uma norma inferior através de uma norma superior pode ser determinada em duas direções. A norma superior pode não só fixar o órgão pelo qual e o processo no qual a norma inferior é produzida, mas também determinar o conteúdo desta norma. Mesmo quando a superior só determine o órgão, isto é, indivíduo pelo qual a norma inferior deve ser produzida, e deixe à livre apreciação deste órgão tanto a determinação do processo como a determinação do conteúdo da norma a produzir, a norma superior é aplicada na produção da norma inferior: a determinação do órgão é o mínimo do que tem de ser determinado na relação entre uma norma superior e inferior." Idem, p. 261.

²¹ Coadunam com esse pensamento OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato administrativo, 4ª edição, São Paulo: RT, 2001, p. 78 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discrecionalidade: Novas reflexões sobre os limites e controle da discrecionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição, 2001, p. 32 "No sentido amplo, a discrecionalidade é a possibilidade jurídica, criada por uma norma originária, para o exercício de uma definição integrativa do interesse público específico nela previsto, por uma nova norma ou ato concreto derivados." Afirma, ainda, o último autor, distanciando-se de Kelsen, em nota de rodapé: "Esta posição é aparentemente kelseniana, na medida em que evoca a doutrina da formação do direito por graus, de sorte que 'poder discricionário e limitação legal coexistem necessariamente em todo ato' (v. *Allegemeine Staatslehre*, 1925, pp. 243 e 244), mas a aparência se dissipa quando observamos que as diferenças de gradação, para o grande mestre austríaco, seriam apenas quantitativas, ao passo que como nós entendemos, as diferenças são também qualitativas em razão da dupla relatividade à legalidade e à legitimidade, conceito este que Kelsen não poderia aceitar, por princípio, no bojo de sua 'teoria pura', que havia criado um fosso intransponível entre a Política e o Direito". O autor não esclarece, todavia, o que seriam essas diferenças qualitativas e quantitativas.

²² Cf. CAMPOS, Francisco. Direito Administrativo. Vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 19.

Demonstra-se facilmente que toda aplicação do direito, isto é, toda concretização de normas gerais, toda passagem de um grau superior a um grau inferior da criação jurídica não é mais do que o preenchimento de um espaço vazio, o exercício de uma atividade dentro das lindes fixadas pelas normas de grau superior. A determinação dos graus inferiores pelos superiores nunca pode ser completa. Haverá sempre oportunidade para as normas inferiores de imputar às superiores um conteúdo que lhes falta. De outro modo, seria impossível o desenvolvimento do processo de criação jurídica, e a criação de normas individuais seria supérflua. Existe, igualmente, entre o conceito abstrato e a representação concreta uma diferença material, ou de conteúdo. Esta necessária diferença entre os graus superiores e inferiores da concretização jurídica é o que se chama “juízo discricionário”.²³

A integração da vontade da lei, nos limites e condições por ela fixados, permite a atuação discricionária do administrador. Admite-se, em sentido amplo, que esses escalonamentos discricionários se iniciem na atividade legislativa. Aponta-nos Seabra FAGUNDES²⁴,

²³ KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatsehre*, 1925, p. 243 apud CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 19.

²⁴ FAGUNDES, Seabra. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, p. 195 e 196. In: *Revista de Direito Administrativo, Seleção Histórica: Matéria publicada em números antigos (de 1 a 150)*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1991. Ensina que: “Sendo o Poder Legislativo o criador da norma jurídica, do direito positivo ordinário, somente sujeito à suprema autoridade da Constituição, a sua discricionariedade é a mais ampla. (...) “(S)” No exercer, porém, a sua atividade discricionária, o legislador não esgota as possibilidades de opção peculiares ao exercício da atividade estatal. Às vezes por abstenção voluntária, outras (...) pela impossibilidade de abranger (...) as múltiplas realidades supervenientes. “(S)” Oferece-se, então, margem ao exercício de discricção pelos órgãos meramente executores – o Poder Administrativo e o Poder Judiciário. “(S)” Ao primeiro, atuando sobre u’a massa de relações jurídicas e de fato muito maior que o segundo, tendo sobre si a responsabilidade do funcionamento permanente, contínuo, ininterrupto da vida coletiva sob a ação e do incentivo do Estado, fica, por isto mesmo, com um largo campo à atividade discricionária, ou seja, à atividade que implica escolher entre critérios. “(S)” (...) “(S)” Sendo a discricção do legislador a mais ampla em conteúdo e a primneira a manifestar-se, cronologicamente, no processus de expressão da vontade do Estado, a discricção reservada ao administrador e ao juiz pode dizer-se, em certo sentido, residual. Exerce-se no que não tenha sido regulado pela lei. Onde e quando se manifeste, em toda a plenitude, a discricção do Poder Legislativo, já não haverá opções confiadas aos Poderes Executivo e Legislativo no processus de expressão da vontade estatal. Exaurindo a lei as possibilidades de escolha, não resta senão cumpri-la, individualizando a solução por ela predeterminada”.

bem como Maria Sylvia Zanella DI PIETRO²⁵, a presença de margens de discricionariedade entre os três Poderes, iniciando-se uma gradação a partir do Legislativo. Nesse contexto, entre a atuação legislativa, dotada de margem mais ampla de discricionariedade (a quem incumbe inovar primeiramente no ordenamento jurídico), e a atuação do Poder Executivo, seria deixada margem discricionária a ser completada pela Administração ao se deparar com as situações concretas descritas em tese na norma.

Outros autores da doutrina pátria apontam o papel da discricionariedade na edição de regulamentos, que especificam o conteúdo contido nas leis, por meio do exercício de competência discricionária.

Em rigor, a matéria do regulamento, seu objeto, é a disciplina das situações *em que cabe discricionariedade administrativa* no cumprimento da lei, da qual resultariam diferentes comportamentos administrativos possíveis.

Com fundamento no poder hierárquico o Chefe do Poder Executivo restringe os comportamentos possíveis e especifica, para os agentes da Administração, a maneira de proceder. Assim, uniformiza processual e materialmente os comportamentos a serem adotados em face dos critérios que elege e das pautas que estabelece para os órgãos e agentes administrativos.²⁶

O conteúdo das normas regulamentares decorre: a) de discricionariedade localizada no comando legislativo, restringindo a lei e determinando às autoridades administrativas, de forma específica, o seu modo de agir; b) de discricionariedade decorrente de regra de competência que não determina as condições de fato do agir administrativo; c) de discricionariedade fundada na existência de

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella na obra *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 88*, São Paulo: Editora Altas, 1991, p. 44 e ss., traz reflexões sobre a questão da gradação da discricionariedade entre os Poderes. Ressalta, contudo, que o Poder Judiciário não se encaixa nessa noção, visto que sua atuação condiz, eminentemente, com a interpretação da lei, e não com o exercício de opções abertas pela lei.

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 91.

conceitos de valor, contidos na hipótese legal, obrigando a autoridade a se valer de processo subjetivo para proceder à restrição regulamentar.²⁷

Em sentido restrito, a discricionariedade é apontada como a possibilidade jurídica conferida pelo legislador ao administrador para integrar o interesse público específico contido em uma norma legal, a fim de propiciar a execução do ato abstrato.²⁸ Ainda assim, a discricionariedade seria marcada pelo exercício de margens de escolha, na medida em que é um ato de criação e não de mera execução.

Conforme mencionado acima, o interesse público poderá ser especificado em sede administrativa, tanto de modo concreto, mediante a prática de ato administrativo propriamente dito²⁹, quanto

²⁷ LEITE, Luciano Ferreira. O Regulamento no Direito Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 84.

²⁸ Nesse sentido, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, na obra *Legitimidade e Discricionariedade: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição, 2001, p. 33. “Discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico.” Celso Antônio Bandeira de MELLO faz o mesmo tipo de distinção entre atos da Administração e atos administrativos, por considerar dois fatores: (a) “a Administração pratica inúmeros atos que não interessa considerar como atos administrativos” e (b) “há atos que não são praticados pela Administração Pública, mas que devem ser incluídos entre os atos administrativos, porquanto se submetem à mesma disciplina jurídica aplicável aos demais atos da Administração (...). Por exemplo, os atos relativos à vida funcional dos servidores do Legislativo e do Judiciário, praticados pelas autoridades destes Poderes, ou as licitações efetuadas nestas esferas” MELLO, Curso de Direito Administrativo, 10ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 229/231.

²⁹ Menciona-se aqui ato administrativo em sentido estrito para diferenciar da categoria geral de atos da administração, que englobariam, segundo Maria Sylvania Zanella DI PIETRO: atos de direito privado, atos materiais, atos de conhecimento, atos políticos, contratos, atos normativos e os atos administrativos propriamente ditos. Assim, a autora define ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”. DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2001, p. 182/183 e 188. Celso Antônio Bandeira de MELLO faz o mesmo tipo de distinção entre atos da Administração e atos administrativos, por considerar dois fatores: (a) “a Administração pratica inúmeros atos que não interessa considerar como atos administrativos” e (b) “há atos que *não são praticados pela Administração Pública, mas que devem ser incluídos entre os atos administrativos*, porquanto se submetem à mesma disciplina jurídica aplicável aos demais atos da Administração (...). Por exemplo, os atos relativos à vida funcional dos servidores do Legislativo e do Judiciário, praticados pelas autoridades destes Poderes, ou as licitações efetuadas nestas esferas” MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 10ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 229/231

de modo abstrato, por meio da edição de um ato normativo³⁰, sendo que nesta hipótese o ato administrativo concreto será fundado na norma expedida pela Administração, que já reduziu, parcial ou totalmente, a margem de discricionariedade possível à Administração.³¹

³⁰ Hely Lopes MEIRELLES, admite como espécie de atos administrativos os atos normativos, como aqueles que “contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei”. Mais adiante, conceitua as resoluções, de grande importância para o presente estudo, visto que a ANATEL edita essa categoria de atos normativos, como “atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica”. MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª edição, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 158 e 162. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, por sua vez, classifica os atos normativos da Administração como atos da Administração, não como ato administrativo stricto sensu. Segundo a autora, “dependendo do critério mais ou menos amplo que se utilize para conceituar o ato administrativo, nele se incluirão ou não algumas dessas categorias de atos da Administração”, dentre as quais encontra-se a dos atos normativos da Administração. Por fim, a autora define ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2002, p. 183 e 188. Celso Antônio Bandeira de MELLO, na obra *Curso de Direito Administrativo*, conceitua ato administrativo como “declaração do Estado (ou que quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”. Esse conceito trazido por Celso Antônio corresponde, como ele mesmo ressalta, à noção de ato administrativo em sentido amplo, que abrangeria, portanto, “atos gerais e abstratos, como costumam ser os regulamentos, as instruções (e muitas resoluções), e atos convencionais, como os chamados contratos administrativos” Ao lado desse conceito, propõe o autor um outro conceito, de ato administrativo em sentido estrito, do qual estariam excluídos os atos abstratos, ou seja, os normativos, e os atos convencionais. Assim, conceitua ato administrativo em acepção estrita como “declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”. Vê-se, pois, que são acrescidos os atributos de concreção e unilateralidade ao conceito inicial de ato administrativo em sentido amplo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 10ª edição, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 231 e 232.

³¹ Nesse sentido, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição, 2001, p. 34: “Finalmente, esclareça-se, o interesse público, que é o caracterizador da finalidade, tanto poderá ser definido em sede administrativa de modo concreto como, se necessário, de modo abstrato, conformando, neste caso, mais uma etapa intermediária para sua concretização casuística final, como um ato administrativo normativo.” (grifo nosso) O autor bebe, ainda, no direito italiano (C. Mortati, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1957, vol. V, p. 1099) para afirmar que o tema discricionariedade – em termos de consideração de Direito Político, abarca uma seqüência: “poder discricionário enquanto

1.3. Discricionariedade técnica

A concepção original do termo discricionariedade técnica, cujo desenvolvimento alcançou seu ápice na doutrina italiana, era a de que, por se referir a decisões com alta carga de complexidade 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, poderiam realizar a necessária valoração. Em decorrência, era negada ao Poder Judiciário qualquer margem de controle sobre essa categoria de decisões administrativas, excetuando-se os casos de erro manifesto. Firmou-se, pois, a tese de que a Administração tinha liberdade técnica de decisão.³²

Um dos maiores estudiosos sobre o tema da discricionariedade técnica foi Renato ALESSI. Sua doutrina sobre o tema fundamenta o estudo do direito italiano e serve de parâmetro para o estudo da discricionariedade técnica em outros países, especialmente na Espanha e em Portugal.

ALESSI aponta a nota distintiva entre a discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. Enquanto a primeira é observada nos casos em que a apreciação do interesse público diz respeito à utilização exclusiva de critérios administrativos, a segunda

modo de atuar do poder estatal; atividade discricionária, enquanto função estatal, expressão dinâmica desse poder; e ato discricionário, resultado qualificado do exercício dessa função.” (p. 36)

³² No Brasil, Eros Roberto GRAU explora a contradição existente entre os termos discricionariedade e técnica. Discricionariedade nos remete à margem de escolha dentre indiferentes jurídicos conferida legalmente ao administrador, a fim de que possa adotar a melhor solução diante do caso concreto. Já o termo técnica se relaciona ao meio de análise preciso de uma situação e determinação de uma única solução, estabelecendo-se, em face de certa ciência, a opção dita correta para o caso concreto. Esse autor explora a contradição existente entre a não vinculação a nenhum standard, linha característica da discricionariedade, e a vinculação a standards, típica das decisões técnicas. Em face disso, afirma ser insustentável a tese da discricionariedade técnica, de onde conclui que, enquanto atividade técnica, a dita “discricionariedade técnica” não seria discricional. GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e O Direito Pressuposto*, São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição: 2000, p. 159 e 160.

se verifica na existência e solução de questões técnicas para apreciação do interesse público, posterior ou concomitantemente.³³

Entretanto, ocorre grande variação na situação jurídica, conforme haja ou não ligação da questão técnica a uma questão administrativa. Verificada a ligação, a administração realizaria verdadeiro juízo de valor, havendo que se falar efetivamente em discrecionariade técnica. Verifica-se que há discrecionariade técnica nas hipóteses em que critérios técnicos estão efetivamente ligados a critérios administrativos, e questões técnicas ligadas a questões administrativas, de forma tal que os primeiros ficam absorvidos pelos segundos. Somente pode ser revista a solução técnica por meio de uma impugnação da solução da questão administrativa.

A discrecionariade técnica pode ser, então, verificada nas seguintes hipóteses. Primeiramente, quando a solução da questão técnica é pressuposto para a solução da questão administrativa, o que sucede no caso em que seja necessário comprovar, com base em regras técnicas, a medida de uma qualidade ou atributo técnico, de forma que, comprovada esta qualidade ou atributo, corresponda à autoridade administrativa, conforme critérios administrativos, estabelecer se dita medida é ou não suficiente para justificar a ação administrativa. A questão técnica, neste caso, fica absorvida pela questão administrativa, sendo que a revisão da primeira só ocorre com a revisão da segunda. É o que se passa, por exemplo, ao se decidir sobre a demolição de um prédio.

Em segundo lugar, quando a questão é única, mas deve se resolver com critérios técnicos e administrativos ao mesmo tempo. Tal sucede em todos os casos em que a atividade administrativa deva se desenvolver por meio de uma atividade de natureza técnica. Há, então, valoração conjunta do interesse público concreto e do meio para sua satisfação, sendo que a autoridade deve levar em consideração as exigências do interesse público, adaptando a estes os ditames da técnica. Por exemplo, eleição de critérios de construção de um prédio, ponderando-se, conjuntamente, sobre as técnicas e as necessidades,

³³ Cf. ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo* – tomo I, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970, p. 196.

conforme conveniência e oportunidade, que podem ser satisfeitas por cada técnica distinta.

Por conseguinte, somente há que se falar de discricionariedade técnico-administrativa nos casos em que os critérios técnicos estão necessariamente ligados a critérios administrativos. Conclui-se, então, que a discricionariedade técnica é a junção de análise discricionária com matéria técnica, sobre a qual são exercidos os juízos de conveniência e oportunidade, havendo apreciação do interesse público em concreto para justificar a ação administrativa.³⁴

Por outro lado, há casos em que os critérios técnicos independem de qualquer critério administrativo. São as situações em que a técnica é o único pressuposto para determinar a ação administrativa. Nesses casos, não há margem para valoração do interesse público. Cabe apenas ao administrador decidir em conformidade com as condições técnicas estabelecidas.

A revisão de solução técnica, nesse caso, não traz nenhuma implicação sobre a solução de questões administrativas e, portanto, sobre a valoração de um interesse público. O que se verifica é a independência entre critérios técnicos e administrativos. Há mera comprovação da existência fática de uma qualidade de natureza técnica para aplicação de certa solução fixada normativamente, sem implicar alteração na valoração do interesse público, como, por exemplo, a constatação de doença contagiosa em animais para determinar seu sacrifício.³⁵ Nessas situações, discricionariedade e técnica são, efetivamente, inconciliáveis, pois não haveria discricionariedade propriamente dita. O ato carece de valoração de conveniência e oportunidade. Então, sendo a questão meramente técnica, sua solução advém exclusivamente da aplicação de regras técnicas, sem que haja faculdade alguma na apreciação diante do caso concreto.

Nesse contexto, conforme a solução de certa matéria seja determinável, ou não, tão-somente pela aplicação de critérios técnicos,

³⁴ Cf. ALESSI, Renato. Op. Cit., p. 197 e 198.

³⁵ Cf. ALESSI, Renato. Op. Cit., p. 197 e 198.

a atividade do administrador é variável. No primeiro caso, sua atividade é de mera constatação da ocorrência dos parâmetros técnicos fixados normativamente, sendo, portanto, vinculada. No segundo, em que a norma não fixa parâmetros técnicos previamente, deixando-os a cargo da administração, cabe falar de discrecionalidade técnica.

A primeira das hipóteses, como ensina ALESSI, é verdadeira vinculação, tendo em vista que a própria norma traz em si o parâmetro técnico a ser utilizado para a subsunção dessa mesma norma (que comporta em si a solução) e a atividade do administrador se restringe à mera constatação desse critério para posterior aplicação da consequência prevista previamente. Assim, a presença de um conceito, método ou técnica não é suficiente para caracterizar a discrecionalidade técnica, apesar de ser tomado como sua nota característica.³⁶

Desse modo, a discrecionalidade técnica está presente na aplicação de conceitos técnicos ou métodos não unívocos, sendo indispensável, pois, que o entendimento e/ou aplicação da técnica em jogo permita margem sobre a qual se possa exercer juízo discricionário.³⁷ Deve haver, pois, associação de critérios técnicos a critérios administrativos para a tomada de determinada decisão.

1.4. Fontes geradoras da discrecionalidade: margem de escolha e conceitos indeterminados

A discrecionalidade técnica, como espécie de manifestação do poder discricionário, comporta-se de modo similar à discrecionalidade administrativa. Desse modo, uma análise de como se verifica na lei a competência discricionária conferida ao

³⁶ Podem-se listar como fatores excludentes da discrecionalidade técnica: (1) a existência de solução pré-determinada pela norma, nos casos em que os critérios técnicos servem apenas para o enquadramento da situação fática; (2) que da orientação geral da norma decorra inexoravelmente uma única solução, pois que ter-se-ia do mesmo modo um só resultado possível, sem margem de opção, não sendo suficiente a atribuição de poder se falece oportunidade para exercê-lo. Cf. SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, 1ª edição, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998, p. 21.

³⁷ Cf. SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Op. Cit.*, p. 16.

administrador serve, igualmente, para compreender como a discricionariedade técnica se manifesta na lei. No caso do presente trabalho, nas leis que fixam a competência dos novos entes reguladores independentes, em especial da ANATEL.

Em linhas gerais, há duas estruturas lógicas que podem comportar a atribuição de poder discricionário à Administração Pública. A primeira delas configura a chamada margem de volição conferida pela lei ao administrador, de modo que este pode escolher entre atuar ou não atuar, e entre atuar de uma maneira ou de outra, nos limites conferidos pelo texto legal.

A segunda forma, que não é pacífica na doutrina, se dá por meio da atividade intelectual sobre os conceitos presentes na norma. Diz-se que pode haver uma margem de intelecção em alguns conceitos empregados no texto legal, de modo a possibilitar uma margem de apreciação e escolha da conduta que mais se afine com o sentido legal.³⁸ Tais conceitos passaram a ser denominados correntemente na doutrina de conceitos jurídicos indeterminados.

A concepção de conceitos jurídicos indeterminados foi cunhada na Alemanha por autores como BACHOF, ULE, JESCH e REUSS, a partir da década de 60, com o termo *Rechtsfolgermessen*. Incorporada na doutrina espanhola, passou a ser conhecida como concepção reducionista da discricionariedade, moldes em que chegou ao Brasil, de modo a influenciar os autores pátrios.

O primeiro autor espanhol a reconhecer esta concepção foi Eduardo García de ENTERRÍA³⁹, seguido por autores como Alejandro

³⁸ Para maiores informações sobre o tema vide BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad administrativa – estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución. Madrid: Marcial Pons, 1997.

³⁹ Cf. La lucha contra las inmunidades del poder, 3ª edição, Madrid: Civitas, 1983, p. 35 e ss. apud BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad administrativa – estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 121. “Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto (...). Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí no está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio

NIETO, Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Antonio MOZO SEOANE, Fernando SÁINZ MORENO e Luciano PAREJO ALFONSO.⁴⁰ Destaca-se, recentemente, como polêmico sobre o alcance do controle judicial do exercício da discrecionalidade administrativa Tomás Ramón FERNÁNDEZ, com a obra *De la arbitrariedad de la Administración*.

Assim, durante meados do século XX, como meio de ampliação do controle judicial sobre os atos discricionários, Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás Ramón FERNÁNDEZ, autores que mais se destacaram no estudo do tema, se aprofundaram na tese de que conceitos jurídicos indeterminados não gerariam discrecionalidade no conteúdo da norma, por isso a denominação de teoria reducionista da discrecionalidade.

Para estes autores, tais conceitos, identificados pela utilização de termos que não possuem significação única, tais como força irresistível, boa-fé, e preço justo, por exemplo, somente apresentam caráter impreciso quando considerados em abstrato. Ao serem deparados com a situação concreta, se tornam unívocos e objetivos, pelo que dão margem a apenas uma conduta razoável.⁴¹

(...). Aquí cualqueira de estas soluciones, alternativamente, es igualmente justa, y precisamente porque lo es existe libertad de decisión (la discrecionalidad consiste esencialmente en una libertad de elección), procediendo ésta en virtud de otros criterios materiales distintos de los jurídicos, que por ello no pueden jurídicamente ser fiscalizados. En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado (...) lo característico es que ese valor propio del concepto o esa experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la Ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión, Ley que ha configurado éste con la intención expresa de acotar un supuesto concreto, aunque su precisión reste indeterminada; de este modo la aplicación de estos conceptos será justamente un caso de aplicación de la Ley. Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación (...). Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado (...), porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales.”

⁴⁰ Cf. BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad administrativa – estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 121 a 123.

⁴¹ “A lei não determina com exatidão os limites desses conceitos porque se trata de conceitos que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosas, porém, em todo caso, é

A concepção reducionista da discricionariedade diferencia atos de volição de atos de intelecção. Os primeiros seriam os únicos aptos a gerar juízos discricionários na norma. Os segundos, objetos de mera interpretação, poderiam alcançar a concretização necessária para aplicação mediante exercício intelectual em face do caso concreto.

A partir dessa concepção, considera-se discricionariedade uma liberdade de opções entre alternativas igualmente justas ou indiferentes jurídicos, visto que a decisão administrativa teria por fundamento critérios extrajurídicos, não incluídos na lei e conferidos ao julgamento da Administração. Os atos discricionários seriam, então, do “*âmbito exclusivo do Poder Público, por conterem questões e envolverem opções – todas elas válidas – de ordem política, econômica e outras matérias (...) não pertencentes à dimensão jurídica ou imunes à sua esfera de incidência*”.⁴²

No direito brasileiro, Eros Roberto GRAU é um dos autores que adota a tese desenvolvida por ENTERRÍA e FERNÁNDEZ. Critica veementemente a admissão de conceitos jurídicos indeterminados como geradores de competência discricionária. Para este autor os conceitos jurídicos indeterminados representam, tão-somente, a inserção de termos na norma, que não são mais do que signos. Portanto, não expressariam claramente a idéia que se pretende transmitir sobre o dito conceito jurídico indeterminado. A indeterminação do conceito não seria mais do que indeterminação dos termos que o expressam. Ter-se-ia, pois, uma questão de

manifesto que se está referindo a uma hipótese de realidade que, não obstante a indeterminação do conceito, admite ser determinado no momento da aplicação. A lei utiliza conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, padrão de conduta do bom pai de família, justo preço), porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação mais precisa. Porém, ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito (...). Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma ‘unidade de solução justa’ em cada caso”. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de e TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. Curso de Direito Administrativo. Trad.: Arnaldo Setti, colab. Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

⁴² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito, Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 139.

interpretação, e não de abertura de margem para escolha discricionária acerca do conteúdo da norma.⁴³

Todavia, essa posição é minoritária no direito brasileiro, e mesmo no direito alemão e espanhol tem ocorrido uma mudança no entendimento de que conceitos jurídicos indeterminados não geram discricionariedade.⁴⁴

No Brasil, um dos primeiros autores a tratar sobre a inserção de conceitos jurídicos indeterminados como geradores de competência discricionária na norma foi Francisco CAMPOS. Este autor discorreu sobre a estrutura lógica do juízo que constitui o ponto de partida para a atuação discricionária, com base nos ensinamentos de KELSEN, ARISTÓTELES, JELLINEK, MAYER, e outros doutrinadores do direito alemão. Segundo ele:

O fundamento do poder discricionário da administração não reside, portanto, em qualquer atributo que seja peculiar ao juízo administrativo, mas na estrutura lógica de uma certa categoria de juízos, que só podem ser formulados com referências a conceitos mais ou menos ambíguos ou equívocos, ou suscetíveis, pela amplitude e indeterminação do seu conteúdo, de receberem especificações diversas, nenhuma das quais se possa ter como a única possível, exata ou procedente, uma vez que a medida do acerto do juízo consiste, única e precisamente, no próprio conceito que lhe serviu de referência, o qual, por definição, comporta vários conteúdos, igualmente adequados ou do mesmo valor significativo.⁴⁵

⁴³ Cf. GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e O Direito Pressuposto*, São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 2000, p. 147-149.

⁴⁴ Para se ter um controle amplo sobre os atos administrativos, mais fácil seria negar que os conceitos jurídicos indeterminados gerassem discricionariedade, visto que se partiria do pressuposto de que o conteúdo discricionário dos atos não pode ser objeto de controle. Contudo, tal posicionamento não se mostrou suficiente na prática alemã e espanhola para exercer controle sobre os atos administrativos. Para mais dados, vide BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa – estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

⁴⁵ CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 17. O autor esclarece ainda: “A indeterminação do conceito legal constitui, evidentemente, o fundamento lógico e jurídico do juízo discricionário. A lei, nesse caso, se limita (sic: limita-se) a uma indicação sumária e geral da direção ou aponta não o motivo próximo do ato, mas tão somente a natureza do motivo que legitima ou autoriza o ato administrativo. Quanto

Celso Antônio Bandeira de MELLO, que norteia a doutrina brasileira majoritária⁴⁶, aprofunda a questão, admitindo que o comando legal que dá ensejo à atuação discricionária do administrador pode derivar tanto de expressões fluidas utilizadas na norma, quanto de margem de opção conferida no próprio mandamento legal.

Para Bandeira de MELLO, seria excessivo considerar que em todo e qualquer caso concreto os conceitos jurídicos indeterminados ganhassem “*densidade suficiente*” para dissipar por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade do referido conceito. Admite o autor que algumas vezes isso ocorrerá, mas em outras vezes não. Assim, em inúmeras situações seria necessário mais do que mera inteligência para aplicar determinada norma, o que não desmereceria interpretação divergente que não poderia ser reputada objetivamente como incorreta.⁴⁷

Os conceitos jurídicos indeterminados seriam, então, conceitos fluidos, imprecisos, também chamados vagos ou elásticos, por exemplo: “‘*situação urgente*’, ‘*notável saber*’, ‘*estado de pobreza*’, ‘*ordem pública*’ (portanto suscetíveis de interpretações ou inteligências variadas)”.⁴⁸

mais indeterminado o conceito ou critério legal, mais ampla será a liberdade de juízo da autoridade administrativa relativamente à determinação de si o motivo próximo do ato coincide com a diretiva apenas esboçada pela lei”. Idem, p. 22.

⁴⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discricionariiedade: poder ou dever In: Curso de Direito Administrativo. Coord. Celso Antônio Bandeira de Mello, p. 128, coaduna com o entendimento de Celso Antônio. Afirma a autora que “ a discricionariiedade consiste na competência-dever de o administrador, perante o caso concreto e após interpretar a lei, valorar, dentro de um critério de razoabilidade que não se confunda com seu juízo subjetivo, e optar pela melhor maneira de concretizar a utilidade pública invocada na norma”. DI PIETRO, por sua vez, entende que a discricionariiedade administrativa, diante de casos concretos, pode ser mais reduzida – porém não totalmente – do que é previsto, em tese, na lei. Já que o legislador não tem condições de prever todas as situações possíveis, deixará para a autoridade que expede o ato administrativo disciplinador da lei, uma esfera de apreciação subjetiva para decidir como ou quando se expede tal ato ou não. A autora compartilha do entendimento de Bandeira de MELLO e acresce que a doutrina encabeçada por ENTERRÍA e Ramon FERNÁNDEZ, não tem muita aceitação no Brasil.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariiedade e Controle Jurisdiccional, 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1996, p.22.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., p.17.

Conclui-se, então, que tanto operações mentais intelectivas quanto volitivas podem repercutir do mesmo modo para a composição dos efeitos jurídicos do que se convencionou chamar de discrecionalidade.⁴⁹

Nesse contexto, as *causas* normativas geradoras da discrecionalidade são as seguintes: (1) a “*hipótese da norma*”, ou seja, modo impreciso de descrição da situação fática (motivo) que se subsumirá no comando legal, ou mesmo a omissão em descrevê-la; (2) o “*comando da norma*”, pelo qual se abrem alternativas de conduta para o agente público; (3) a “*finalidade da norma*”, considerando que “*a finalidade aponta para valores, e as palavras (...) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos*”.⁵⁰

Quando se ingressa no campo técnico-discrecional, verifica-se que os estudos técnicos figuram como mais um fator nesta análise. Participam eles como um componente da vontade administrativa, seja no âmbito das margens de escolha conferidas ao administrador, seja no que pertine aos conceitos jurídicos indeterminados.

Passam a integrar a vontade administrativa de modo determinante, ou apenas de modo informativo. Determinante na medida em que, após sua apreciação, apenas uma solução pode ser adotada pela Administração, por se mostrar a única viável para atender ao interesse público. Informativo, ou opinativo, por ser um componente na apreciação da melhor solução a ser adotada, com vistas ao atendimento do interesse público.

⁴⁹ “Pouco importa se a liberdade que a lei proporciona para a Administração é uma ‘liberdade intelectiva’ ou uma ‘liberdade volitiva’, porquanto, em razão de uma ou de outra, os efeitos jurídicos serão idênticos. Por que, então, considerar que são realidades jurídicas distintas, se o ‘fenômeno’ jurídico é o mesmo?” (...) “Discrecionalidade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.” (grifo nosso) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., p. 25 e 48, respectivamente.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., p.19.

Destaca-se, portanto, a relevância da combinação de discricionariedade e técnica para a concretização da margem de apreciação aberta legalmente ao Administrador, mormente nos setores que sofrem grande influência da velocidade na evolução tecnológica, como é o caso do setor de telefonia.

2. Função normativa das agências reguladoras, compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e natureza

2.1. Função normativa e o texto constitucional

Como conseqüência do exercício da competência conferida pelas leis setoriais, os atuais entes reguladores editam normas para preencher este espaço discricionário, a fim de trazer plena aplicabilidade aos preceitos contidos nas respectivas leis. O exercício desse poder normativo concerne à edição de normas que desdobrem os parâmetros normativos gerais contidos na lei.

A polêmica travada acerca do exercício dessa competência diz respeito à sua compatibilidade com o sistema constitucional brasileiro, bem como a natureza desse poder e seus limites.

Alguns críticos pugnam que foi criada uma interpretação lata do que é lei, adotando-se um conceito material, quando a Constituição quis que fosse tomado um conceito formal. Desse modo, se interpretaria indevidamente que o conceito de reserva relativa de lei admitisse que direitos e obrigações fossem estabelecidos por meio de norma jurídica geral e abstrata que não lei, ou seja, por lei em sentido material, o que abrangeria outros atos normativos de hierarquia inferior, mas que trouxessem estatuições primárias.

Assim, em uma interpretação *lata* da Constituição, admite-se que quando o texto constitucional quis que sua regulamentação adviesse completamente de lei formal, haveria menção expressa de que lei regulamentaria inteiramente a matéria específica. Tal espécie de previsão se dá no próprio art. 5º, inciso XXXIX; no art. 150, inciso I, e; no parágrafo único do art. 170 da Constituição. Configuram casos da chamada reserva de lei formal. Diversamente, no caso em que lei

material, ou seja, norma de caráter geral e abstrato – não necessariamente lei formal aprovada pelo Congresso Nacional –, pudesse tratar da matéria, a Constituição não traria qualquer disposição expressa prevendo que lei regulamentaria a matéria.⁵¹

Todavia, a admissão da competência regulamentar do Executivo na edição de normas setoriais não nega a reserva de lei, nem a formal nem a material. Da leitura do inciso II do art. 5º da Constituição Federal, vê-se que somente lei pode estabelecer obrigação para o particular: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nesse contexto, pela interpretação estrita desse preceito, nenhuma obrigação poderia ser imposta ao particular que não decorresse de texto de lei formal, ou seja, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, diante do princípio democrático da soberania popular, exercida através dos representantes eleitos pelo povo.

Em crítica, alega-se, ainda, que a atribuição de competência normativa primária a entes integrantes do Executivo, fora das hipóteses previstas constitucionalmente, dentre elas as Medidas Provisórias (art. 62), as Leis Delegadas (art. 68), e o Decreto previsto no inciso VI do art. 84 da Constituição, feriria a cláusula pétreia da separação de poderes, conforme prevista nos arts. 2º e 60, § 4º, inciso III da Constituição Federal, por se ter assentado que as hipóteses de exercício de função característica de outro poder só podem ser aquelas previstas expressamente na Constituição.⁵²

⁵¹ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 57 e GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 184.

⁵² Além destes argumentos, menciona-se que o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê a revogação, em cento e oitenta dias a partir da promulgação da Constituição, de todos os dispositivos legais que atribuíssem ou delegassem a órgão do Poder Executivo matéria de competência do Congresso Nacional (referindo-se expressamente no inciso I especialmente no que tange a ação normativa), como sustentáculo para a tese da indelegabilidade de funções fora das previsões constitucionais. Todavia, com base na interpretação deste mesmo artigo também se sustenta que haveria possibilidade, sim, de delegação de funções mediante edição de lei. O propósito do dispositivo teria sido somente o de dizer que as delegações anteriores à Constituição de 1988 estariam revogadas, para que valessem aquelas editadas posteriormente à Carta Magna.

Na prática, não é isso que se observa, em face do poder regulamentar conferido ao Executivo. A Administração Pública, desde há muito tempo, regulamenta a atuação do particular impondo-lhe obrigações específicas, como por exemplo, ao publicar um edital de licitação que fixa requisitos a serem atendidos pelos participantes, ou mesmo no que diz respeito ao setor financeiro nacional, por meio das Resoluções do Banco Central do Brasil. No caso específico da regulação setorial promovida pelas novas agências reguladoras, observa-se que, se o particular intenta praticar uma das atividades reguladas, deve se submeter ao arcabouço normativo editado para o setor.

O exercício de poder regulamentar pela Administração coaduna com a interpretação do princípio da reserva de lei relativa, que parte do princípio básico, dominante na doutrina, de que todas as vezes que a Constituição Federal mencionou o termo lei, estava se referindo, efetivamente, à espécie legislativa formal, conforme contida no art. 59 do texto constitucional.⁵³ Nesse sentido, o termo lei não teria na Constituição a aptidão de englobar o regulamento como ato normativo do Poder Executivo de grau hierárquico infralegal.

Assim, a reserva relativa de lei não poderia significar que quaisquer obrigações pudessem ser impostas ao particular por meio de outro ato normativo que não lei. Na verdade, é necessária a existência de lei prévia para estabelecer regras de competência para o ente da Administração Pública encarregado de disciplinar a matéria. Contudo, não basta mera atribuição de competência. Faz-se imprescindível que os poderes criados sejam vinculados a enunciações mínimas de requisitos materiais, sob pena de se voltar ao mesmo resultado obtido com a ausência de lei formal. Essas condições mínimas é que estabelecem o âmbito do poder regulamentar do Executivo e do poder discricionário da Administração Pública.

⁵³ Fundamenta Helena de Araújo Lopes Xavier que quando a Constituição quis referir-se a outros instrumentos normativos utilizou-se de outras expressões como “ato normativo” ou “ação normativa”, presentes nos arts. 49, V; 97 e 102, I, a e § 2º; 103, § 3º; 169, § 4º da Constituição e art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Assim a Constituição referiu-se às categorias de poder regulamentar (art. 49, V da CF), atribuição normativa (art. 49, XI da CF e art. 25, I do ADCT), decretos e regulamentos (art. 84, IV e VI da CF), instruções (art. 87, parágrafo único, II da CF), agente normativo e regulador (art. 174), e órgão regulador (art. 21, XI e art. 177, §2º, III). XAVIER, Helena de Araújo Lopes, O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 90.

É importante, ainda, diferenciar as hipóteses em que se impõe a reserva de lei absoluta. Tal se dá no caso da imposição de obrigações tributárias, que devem ter não apenas seu fim, mas também todo o conteúdo decorrente diretamente de lei formal. A interpretação do caso concreto deve decorrer, inteiramente, de uma subsunção do texto legal. Igualmente se passa no direito penal, em que a interpretação do caso concreto deve decorrer diretamente da lei.

Diversamente, no direito administrativo, para satisfação do princípio da legalidade, não se faz necessário que haja previsão completa de todos os pormenores da atuação administrativa em lei. Óbvio que a lei é indispensável para toda a atuação da Administração, mormente ao ingressar na esfera de liberdade e propriedade do cidadão. Porém, *“lei não tem que fornecer necessariamente, em toda a sua extensão e densidade, o critério de decisão no caso concreto, que o legislador pode confiar à livre valoração do órgão de aplicação do direito – o administrador”*.⁵⁴

Há, portanto, uma dupla exigência da Constituição para o respeito à reserva de lei: que haja prévia lei do Congresso Nacional e que a lei seja de natureza substancial, a fim de excluir atos normativos autônomos ou independentes.⁵⁵

Com a edição das Emendas Constitucionais n.º 8, de 15 de agosto de 1995 e n.º 9, de 9 de novembro de 1995, que previram a criação de órgãos reguladores para as telecomunicações e para o monopólio petrolífero da União, respectivamente, ficou mais evidente que haveria uma categoria de poder atribuído a esses órgãos que seria utilizado na regulação setorial. Tal categoria compreenderia a edição de normas setoriais específicas, que seriam, obviamente, vinculadas aos parâmetros estabelecidos na lei definidora de competências dos entes reguladores.

⁵⁴ XAVIER, Alberto, Os princípios da legalidade e da tipicidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 37-38 apud XAVIER, Helena de Araújo Lopes, O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 80.

⁵⁵ Ressalva feita à alteração introduzida no texto constitucional pela Emenda Constitucional n.º 32/2001, que cria a polêmica sobre a inserção do regulamento autônomo no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2. Norma jurídica e função normativa conjuntural do Executivo

Para compreensão da função normativa conferida aos entes reguladores setoriais, impõe-se inicialmente o estudo dos atributos da norma jurídica e a diferenciação entre funções normativa e legislativa.

A norma jurídica representa o propósito de regulamentar a realidade mediante um preceito genérico e abstrato, no sentido de ser uma diretiva geral a que serão subsumidas as situações concretas, quando de sua aplicação. Mais do que isso, a norma jurídica tem os atributos de primariedade e inovação.⁵⁶ Pelo primeiro, a norma se impõe por força própria, autônoma.⁵⁷ Pelo segundo, encerra um conteúdo de novidade no ordenamento jurídico.

Mesmo primárias, as normas jurídicas podem advir do exercício de poder derivado, como leciona Eros Roberto Grau, considerando que a função normativa pode resultar do exercício de poder originário ou de poder derivado. As normas emanadas pelo Poder Executivo são exemplos característicos de normas jurídicas – e, portanto, dotadas de primariedade – exercidas por derivação de uma atividade normativa anterior. As normas emanadas pelo Executivo encontram-se ligadas diretamente aos preceitos contidos nas leis editadas pelo Congresso Nacional, com exceção de casos excepcionais previstos constitucionalmente.⁵⁸

⁵⁶ “(...) conceituaremos norma jurídica como o preceito, abstrato, genérico, e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico”. GRAU. Op. Cit., p. 178.

⁵⁷ Como apontado por Alessi, configura característica das normas jurídicas a constituição de preceito primário, no sentido de impor força própria, autônoma. Cf. ALESSI, Renato. *Principii di diritto amministrativo*. v. I. Milano: Giuffrè Editore, 1966, p. 5.

⁵⁸ “Norma é todo preceito expresso mediante estatuições primárias (na medida em que vale por força própria, ainda que eventualmente com base em um poder não originário, mas derivado ou atribuído ao órgão emanante), ao passo que a lei é toda estatuição, embora carente de conteúdo normativo, expressa, necessariamente com valor de estatuição primária, pelos órgãos legislativos ou por outros órgãos delegados daqueles. A lei não contém, necessariamente, uma norma. Por outro lado, a norma não é necessariamente emanada mediante uma lei. E, assim, temos três combinações possíveis: a lei-norma, a lei não-norma e a norma não-lei.” GRAU. Op. Cit., p. 179. A partir dessas premissas, evidencia-se que a noção de função normativa emerge de uma concepção material, enquanto a de função legislativa advém de um critério formal.

Nesse contexto, “*os regulamentos são estatuições primárias – impostas por força própria – ainda que não emanados de um poder **originário**. Por isso se apresentam como **derivados**, no sentido de que devem fundar-se sobre uma **atribuição de poder normativo** contida explícita ou implicitamente na Constituição ou em uma lei formal*”.⁵⁹

A atribuição de função normativa na Constituição ou em lei formal não significa, entretanto, que o ente da administração a que foi conferida essa função esteja atuando sob o manto da delegação legislativa.⁶⁰ Em verdade, cuida-se, formalmente, de exercício de competência regulamentar, inerente ao Poder Executivo, e não só restrita ao Presidente da República e aos Ministros de Estado, conforme previsão dos arts. 84, IV e 87, II da Constituição Federal.⁶¹

Retomada a lição de MONTESQUIEU, teórico formulador da separação de poderes do Estado Moderno, observa-se que não ocorre uma tripartição completa de poderes na estrutura do Estado. Na verdade, observa-se a divisão de funções para cada um dos três poderes, sendo cada qual caracterizado pela função preponderante que é exercida.

Assim, o fato de o Executivo – onde se inserem as atuais agências reguladoras – exercer preponderantemente funções de execução determinadas pelas leis emanadas do Poder Legislativo não o impede de expedir normas em situações específicas, como ressaltou o próprio MONTESQUIEU.

⁵⁹ GRAU. Op. Cit., p. 181.

⁶⁰ “Há, pois, inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação referida não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege.” Celso Antônio Bandeira de Mello. Ato Administrativo e Direitos dos Administrados, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 97 e 98.

⁶¹ Para Marcos Juruena Villela Souto, a função regulamentar tem sede constitucional distinta da função reguladora, conforme se vê dos artigos 84, IV e 174 da Constituição Federal. SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 27.

Diante da volatilidade da situação fática, MONTESQUIEU afirma que “*o Poder Executivo se exerce sempre sobre coisas momentâneas*”⁶², face à necessidade de tomada rápida de decisões. Na concepção original da teoria da separação de poderes, o Poder Executivo deveria estar concentrado nas mãos de uma só figura, o monarca, considerando a preponderância de ações momentâneas, que reclamariam uma atuação com “*competência normativa de conjuntura*”.⁶³ O Poder Legislativo, por sua vez, seria exercido sobre situações não momentâneas, ou estáveis. Essa possibilidade, como já mencionado, não desnaturaria de forma alguma a separação de poderes, visto que esta se trata, em verdade, de separação de funções preponderantes.⁶⁴

2.3. Fundamentos da função normativa das agências reguladoras

O poder normativo – ou mais tecnicamente, a função normativa – é tida como uma das notas características das agências reguladoras, afinando-se com a noção estrita de regulação, como condicionamento normativo da atividade econômica. Essa competência é exercida por meio da edição de normas gerais, que podem ser veiculadas mediante regulamentos, resoluções, portarias, etc. Agência reguladora será, portanto, “*não o ente que simplesmente exerça regulação em qualquer de suas formas, mas, acima de tudo, o que possua competência para produzir*

⁶² MONTESQUIEU. O espírito das leis. Coleção Os Pensadores. V. XXI, trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo, Editor Victor Civita, 1973, p. 160 apud GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 171.

⁶³ Cf. GRAU. Op. Cit. p. 171.

⁶⁴ Eros Roberto Grau desdobra nos seguintes termos: “Nesse clima, a instabilidade de determinadas situações e estados econômicos, sujeitos a permanentes flutuações – flutuações que definem o seu caráter conjuntural – impõe sejam extremamente flexíveis e dinâmicos os instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado para dar correção a desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar. Aí, precisamente, o emergir da capacidade normativa de conjuntura, via da qual se pretende conferir resposta à exigência de produção imediata de textos normativos, que as flutuações da conjuntura econômica estão, a todo o tempo, a impor. À potestade normativa através da qual essas normas são geradas, dentro de padrões de dinamismo e flexibilidade adequados à realidade, é que denomino capacidade normativa de conjuntura. Cuida-se – repita-se – de dever-poder, de órgãos e entidades da Administração, que envolve, entre outros aspectos, a definição de condições operacionais e negociais, em determinados setores dos mercados.” GRAU. Op. Cit. p. 172

normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direitos do particular”.⁶⁵

Dois fenômenos desembocaram no crescimento dessa competência. O primeiro está associado ao papel subsidiário que assumiu o Estado, especialmente na segunda metade do século XX. Pelo princípio da subsidiariedade, o Estado se concentra na execução do que é essencial e transfere funções que podem ser desenvolvidas com maior eficiência pelos particulares, controlando-as por meio da regulação estatal. Então, prestações que eram exercidas diretamente pelo ente público passam aos particulares, mas mediante o controle exercido pela regulação setorial.

O segundo fenômeno, que acompanha o primeiro, decorre da necessidade de normatizar com velocidade, para propiciar o desenvolvimento dos setores econômicos regulados em face do rápido avanço tecnológico. Tal ocorrência faz imprescindível a atribuição de função normativa às agências, a fim de suprir a incapacidade legiferante do Congresso Nacional sobre a amplitude de matérias técnicas, específicas dos diversos setores, em velocidade compatível com as transformações sociais e culturais, inovações técnicas e o tempo mercadológico.

Desse modo, como efeito da evolução tecnológica, constata-se: o aparecimento de novos setores “*a clamar pautas normativas*, o acréscimo na complexidade das questões objeto de regulação, com a conseqüente *necessidade de mais intrincados e específicos instrumentos normativos*”⁶⁶; e a separação entre os campos do Direito, construídos sobre princípios cada vez mais próprios e específicos.

A formação de subespécies de ordenamentos jurídicos derivados do estatal⁶⁷ iniciou-se para fazer frente à especialização e à crescente

⁶⁵ MENDES, Conrado Uber, Op. Cit. p. 129.

⁶⁶ MARQUES NETO. Op. Cit. p. 80. E continua o autor: “Todos estes fatores apontam para a dificuldade de se manter a lei como instrumento exclusivo da ação regulatória e fonte única do arcabouço regulamentar. Daí porque se surge sempre a polêmica em torno do princípio da legalidade quando se discute a hodierna atividade regulatória estatal.”

⁶⁷ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. p. 3-26. In: Revista Forense, vol. 354, março/abril, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.10 e MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. p. 72-98. In: In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Direito Administrativo Econômico, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 83

complexidade da vida humana, que geraram demandas por soluções de problemas específicos, sem precedentes anteriores no ordenamento jurídico. Assim, fez-se necessária a cunhagem de princípios específicos para matérias específicas, que se amoldassem às novas demandas por elas apresentadas.

O fenômeno da regulação setorial surge, nesse contexto, da necessidade de o Estado do Segundo Pós-Guerra fazer frente a uma sociedade crescentemente complexa e dinâmica, em face da “*impotência dos seus instrumentos tradicionais de atuação, o que impôs a adoção de mecanismos administrativos mais ágeis e tecnicamente especializados*”.⁶⁸

Desse modo, a estrutura de ordenamento monocêntrico – como concebido depois da Revolução Francesa, com todas as garantias de geração de normas pelo Parlamento eleito pelo povo – passou a não mais atender à demanda das pautas legislativas, tendo em vista o aumento da complexidade social a partir da II Guerra Mundial. Assim, tornou-se necessária, além da especialização por matérias, a especialização dos órgãos emanadores dessa normatização específica. Foram, então, criados órgãos independentes incumbidos da regulação de atividades específicas, de alto conteúdo técnico, o que culminou na concepção dos atuais ordenamentos setoriais.⁶⁹

A função normativa atribuída às agências reguladoras brasileiras encontra ponto de partida nas leis e decretos que tratam dos setores regulados. Deve-se evidenciar que, relativamente ao grau de abertura para normatização, as agências reguladoras apenas implementam as políticas públicas traçadas para cada um dos setores, e não as formulam.⁷⁰ Isto é, atuam para trazer efetividade às metas gerais presentes no ordenamento jurídico, fazendo-o mediante a edição de normas setoriais específicas, que compõem os respectivos subsistemas de normatização.

⁶⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. p. 3-26. In: Revista Forense, vol. 354, março/abril, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 4.

⁶⁹ Cf. ARAGÃO, Op. Cit. p. 15.

⁷⁰ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. p. 17-38. In: Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, P. 27 e SOUTO, Marcos Jurueña Villela Souto. Agências Reguladoras. p. 124-162. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 216, Rio de Janeiro: abril/junho 1999, p. 127.

Leciona Carlos Ari SUNDFELD que o Poder Legislativo edita leis com alto grau de abstração e generalidade, como sempre fez. Contudo, em face dos novos tempos, e novas demandas sociais, “*agora estas normas não bastam*”. Para o autor, há necessidade de normas “*mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização*” dos valores legal e constitucionalmente consagrados. Assim, a atribuição de poder normativo às agências reguladoras não representa excludente do poder de legislar, significa, somente, o “*aprofundamento da atuação normativa do Estado*”.⁷¹

A garantia desse sistema provém do atendimento ao devido processo legal na produção das normas. É consagrado o Estado de Direito pela obediência aos preceitos emanados nas leis e nos respectivos decretos regulamentares, tanto em matéria procedimental quanto material, com vistas à realização dos valores constitucionais.

Conseqüentemente, como as leis que atribuem poder normativo às agências reguladoras possuem “*baixa densidade normativa*”⁷², por cuidarem de ampla gama de assuntos com tratamento superficial ou principiológico, fica a cargo destes entes desenvolver as normas técnicas setoriais, a fim de regular o seu respectivo campo de atuação.⁷³

⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. p. 17-38. In: Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27.

⁷² ARAGÃO, Op. Cit. p. 18. Continua esclarecendo o autor: “A lei, portanto, sem dar início de per se a uma normatização mais completa, e muito menos, exaustiva da matéria, estabelece apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente. Estas leis geram a categoria das leis-quadro (lois-cadre) ou standartizadoras, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas.” (p.19)

⁷³ Apesar de ser classificada como forma de delegação, não admitida pelo texto constitucional, substancialmente, não há muita diferença entre os preceitos firmados a partir da teoria da deslegalização, conforme desenvolvida por Diogo de Figueiredo Moreira eto, sobre a atribuição de competência normativa aos entes reguladores. Para maiores informações, sobre a polêmica da natureza da função normativa das agências reguladoras vide ROCHA, Jaqueline Mainel. Poder Normativo das Agências Reguladoras Brasileiras. In: Limites Jurídicos da Regulação e Defesa da Concorrência, Antônio Fonseca (org.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 137-215.

2.4. Principais agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro e sua função normativa

O marco inicial para a implantação de agências reguladoras no Brasil foi a revisão do papel social e econômico do Estado, consubstanciado na Lei n.º 8.031/90, revogada pela Lei n.º 9.491/97, que estabeleceu o Programa Nacional de Desestatização. Tais leis trouxeram profundos efeitos no modo de estruturar a atividade do Estado, que passou a ser concebida a partir da necessidade de diminuição da atuação direta em setores econômicos, e mesmo na prestação de serviços públicos⁷⁴, passando o Estado a ocupar o papel de regulador dessas atividades, em substituição à atuação direta (vide item 1.1).

Observa-se no ordenamento jurídico brasileiro que as leis que instituíram as agências reguladoras deixam explícita a competência atribuída a estes entes para normatizar os respectivos setores que regulam, dentro dos princípios eleitos pelas respectivas leis.

ANEEL

No plano legal, a primeira agência a ser criada foi a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, por força da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (hoje modificada pelas Leis n.ºs 9.648 e 9.649, ambas de 27 de maio de 1998), sem que houvesse qualquer previsão constitucional, como no caso da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, e da Agência Nacional do Petróleo – ANP.

A Lei n.º 9.427, de 1996, além de disciplinar o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dar outras providências, conferiu à ANEEL, em seu art. 3º, incumbências para *“implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo*

⁷⁴ Tal fenômeno seria “fruto de uma série de fatores históricos, que se iniciam com o esgotamento do padrão de financiamento do setor público, passam pelo esgarçamento do modelo de bem-estar social e atingem o ápice no novo perfil de organização da produção capitalista (...)” MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. p. 72-98. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Direito Administrativo Econômico, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 73.

os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995; (...)”.

Em face dessa previsão, a ANEEL teria competência para expedir regulamentos visando ao cumprimento de normas fixadas em lei, o que significa, em princípio, pouca inovação diante do papel tradicional da Administração Pública.

Todavia, pode-se observar no art. 2º do mesmo diploma legal⁷⁵ que é feita referência ao papel regulador da ANEEL, o que demonstra a compatibilização com a necessidade de expedição de normas setoriais reguladoras, não só meramente para fiel execução de lei. Ressalte-se que no caso da ANEEL isso foi feito de modo mais tímido, por ter sido a primeira agência a ser instituída, não contar com a guarida constitucional, e por ter um marco regulatório impreciso, assistemático e fragmentário.⁷⁶

ANATEL

A seguir, no plano legal, seguiu-se a Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, denominada Lei Geral de Telecomunicações, que deu eficácia ao inciso XI do art. 21 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n.º 8, de 1995, criando a ANATEL, além de disciplinar sua estrutura, órgãos básicos e suas competências. O Decreto n.º 2.338, de 7 de outubro de 1997, regulamentou a LGT no que diz respeito ao funcionamento da ANATEL, instituindo, assim, o regulamento desta agência.

A referida lei traça em seu art. 19 as competências da agência, dentre elas a de ***expedir normas*** “quanto à outorga, prestação e fruição

⁷⁵ “Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Parágrafo único. No exercício de suas atribuições, a ANEEL promoverá a articulação com os Estados e o Distrito Federal, para o aproveitamento energético dos cursos de água e a compatibilização com a política nacional de recursos hídricos”.

⁷⁶ O marco regulatório da ANEEL têm estes três atributos pois: i) não há uma lei geral que fixe de forma sistemática os princípios do modelo vigente no setor elétrico – os únicos standards a serem seguidos pela ANEEL estão na lei da ANP!!! -, por isso, é um modelo assistemático; ii) há atualmente mais de dez leis federais regulando o setor elétrico, por isso o marco regulatório é fragmentário; iii) essas leis adotam conceitos e referências no mais das vezes incompatíveis entre si, por isso a imprecisão do modelo.

dos serviços de telecomunicações no regime público” (IV), “administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas” (VIII); expedir normas “sobre prestação de serviço de telecomunicações em regime privado” (X), “expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem” (XII), e “expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais” (XIV).

Em suma, a LGT dispõe que a competência para a expedição de normas está adstrita aos setores técnicos específicos, visando à implementação dos objetivos fixados em lei. O art. 22, inciso IV, dispõe, ainda, que compete ao Conselho Diretor “*editar normas sobre matérias de competência da Agência*”. Além disso, o inciso II do art. 22, prevê a edição de normas específicas de licitação e contratos no âmbito da Agência.

Logo depois da edição da LGT, foi impetrada a Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 1.668-5/DF pelo Partido Comunista do Brasil, Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Trabalhista e Partido Socialista Brasileiro diante o Supremo Tribunal Federal, atacando diversos dispositivos, dentre eles os que prevêm competência normativa para a ANATEL.

O principal argumento utilizado para sustentar a inconstitucionalidade dos dispositivos foi o de que eles feriam o princípio da separação dos poderes, eleito como cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro, conforme emerge do disposto nos arts. 2º e 60, § 4º, inciso III da Constituição Federal.

Especificamente sobre a competência normativa da ANATEL, foi suscitada a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos: (a) incisos IV e X do art. 19, em face dos arts. 5º, 21 (inciso XI), 48 (inciso XII) e 68 da Carta Magna, e do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; (b) inciso II do art. 22.

Em medida liminar, o Ministro Marco Aurélio Mello, decidiu o seguinte:

(a) Quanto aos incisos IV e X do art. 19, emprestou-lhes interpretação conforme a constituição, ou seja, dispôs que “*a atuação da Agência há de fazer-se de acordo com as normas de âmbito legal e regulamentar de regência*”, considerando, como pressuposto, que talvez os referidos incisos estejam “*ligados a questões simplesmente administrativas da prestação dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado*”, notando-se a presunção de que “*os preceitos a serem expedidos observem o que contém o arcabouço normativo, sob pena, aí sim, de extravasamento, a resolver-se no campo da legalidade*”. Percebe-se, neste trecho final, a remissão ao controle de legalidade das normas expedidas pela Agência em face da legislação vigente, exercido pelo Superior Tribunal de Justiça.

(b) Quanto ao inciso II do art. 22, foi emprestado ao dispositivo interpretação consentânea, sem redução de texto, considerando que a competência atribuída ao Conselho Diretor da Agência “*não há de resultar no afastamento das normas gerais e específicas de licitação previstas nas leis de regência.*” Fica, portanto, adstrita ao atendimento de peculiaridades própria dos serviços.

Percebe-se da análise tecida na medida liminar que a questão foi tratada a partir da premissa de que as normas editadas pela Agência não podem contrariar disposições legais. Não se enfrentou a questão da delegação legislativa, conforme suscitado pelos requerentes. A interpretação conferida é a de que a competência conferida à ANATEL, estendendo-se a análise para as demais agências, deve ser exercida nos limites legais, não podendo deles transbordar.

ANP

Implementando as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 9, de 1995, foi editada a Lei n.º 9.478, de 6 de Agosto de 1997, que instituiu a Agência Nacional do Petróleo – ANP. O panorama legal das competências normativas da ANP se configura de modo mais sutil, comparado com o da ANEEL. No art. 8º da referida Lei⁷⁷ é fixada, como primeira finalidade da ANP, a de regular “*as atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo*”, detalhando-

⁷⁷ “Art 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe:

se nos incisos suas atribuições, dentre as quais figura algumas vezes a de regulação (incisos III e XV). Pode-se considerar, no mesmo sentido, a disposição do inciso I, que inclui a implementação de políticas públicas em sua esfera de atribuições, e a do inciso VI, que trata de fixação de critérios para nortear o cálculo de tarifas. Vale ressaltar, entretanto, que não é feita referência direta à expedição de normas, como no caso da ANATEL ou mesmo à regulamentação necessária para o cumprimento da Lei do setor, como no caso da ANEEL.

DEMAIS AGÊNCIAS

Na seqüência, foram criadas, sem anterior previsão constitucional, diversas agências. Resultante da conversão em lei da Medida Provisória n.º 1.791, de 1998, foi editada a Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que instituiu a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, para proteger a saúde da população, por intermédio do controle sanitário, de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária. Em 2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, instituída pela Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000, com finalidade de promover o interesse público na assistência suplementar à saúde. No mesmo ano foi criada também a Agência Nacional de Águas – ANA pela Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000. Já em 2001, foi editada a Lei n.º 10.233, de 5 de julho de 2001, que instituiu a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT – e a Agência

-
- I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e gás natural, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;
 - II - promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção;
 - III - regular a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não-exclusivas;
 - IV - elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução;
 - V - autorizar a prática das atividades de refinação, processamento transporte, importação e exportação, na forma estabelecida nesta Lei e sua regulamentação;
 - VI - estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, nos casos e da forma previstos nesta Lei: (...)”

Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ –, definindo suas respectivas esferas de atuação. As leis que instituíram essas agências trouxeram de alguma forma a previsão de competência normativa para a implementação de políticas públicas dos respectivos setores.

3. Discrecionalidade técnica e função normativa na atuação da ANATEL

3.1. Forma de exercício da competência normativa pela ANATEL

Conforme analisado anteriormente (item 2.4), são conferidas à ANATEL, por meio de seu Conselho Diretor, competências para editar normas sobre questões técnicas específicas, pertinentes, especialmente, às modalidades de serviços de telecomunicações.

As principais deliberações da ANATEL são tomadas pelo Conselho Diretor. Dentre os chamados instrumentos deliberativos deste órgão, que se prestam tanto para o deferimento de autorizações e concessões de serviço quanto para a edição de atos normativos, encontram-se, nos termos do art. 2º do Regimento Interno da Agência (Resolução n.º 270, de 9 de julho de 2001):

Art. 2º (...)

- I - Resolução: expressa decisão quanto ao provimento normativo que regula a implementação da política de telecomunicações brasileira, a prestação dos serviços de telecomunicações e o funcionamento da Agência;
- II - Súmula: expressa interpretação da legislação de telecomunicações e tem efeito vinculativo;
- III - Aresto: expressa decisão sobre matéria contenciosa;
- IV - Ato: expressa deliberação relativa a assuntos de interesse de terceiros, não abrangidos por Resolução, Súmula ou Aresto;
- V - Despacho: expressa deliberação da Agência em petição,

requerimento ou recurso de terceiros, de interesse individual ou coletivo;

VI - Consulta Pública: procedimento administrativo que submete documento ou assunto a comentários e sugestões do público em geral;

VII-Portaria: expressa deliberação relativa a assuntos de interesse interno da Agência.

Parágrafo único. Resolução, Súmula e Aresto são instrumentos deliberativos de competência exclusiva do Conselho Diretor.

Como confirma o parágrafo único do art. 2º do Regimento Interno, compete somente ao Conselho Diretor a edição de resoluções, que veiculam atos normativos, aptos a imporem obrigações aos particulares, com a condição de atenderem ao quadro legal.

Os arts. 47 e seguintes do Regimento da ANATEL reiteram que os atos de caráter normativo da agência serão expedidos por meio de resoluções, de competência exclusiva do Conselho Diretor, e fixam o procedimento normativo para a edição destas.

Em sua organização jurídico-administrativa, conforme estabelecido pela LGT, o setor de telecomunicações está submetido a um sistema específico de limites e restrições à esfera jurídica privada das operadoras. O parágrafo único do art. 1º da LGT, nesse sentido, fixa o denominado *princípio da cláusula geral*, pelo qual ficam submetidos a um “*sistema geral de acesso condicionado*”⁷⁸, sob o controle da ANATEL, toda a matéria relacionada às telecomunicações, em especial “*o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento das redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências*”, nos termos do referido parágrafo. Nesse sentido, a execução de serviços de telecomunicações, conforme definido no art. 60 da LGT, só pode se dar por meio de prévia análise da ANATEL, mediante (a) concessão ou permissão – arts. 63, parágrafo único; 83, e;

⁷⁸ XAVIER, Helena de Araújo Lopes, O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33.

118, *caput* da LGT; (b) autorização – art. 131, *caput* da LGT; ou (c) comunicação prévia – art. 131, §§2º e 3º da LGT.

A submissão a este regime, no dizer de Helena XAVIER, é assegurada pela adoção de uma sistemática de classificação legal e tipificação regulatória, pela qual não há atividade de telecomunicações sem que haja enquadramento, ao mesmo tempo, nas classes legais e em um dos tipos regulatórios estabelecidos pela ANATEL. A LGT não teria determinado, pois, um rol fechado de modalidades ou formas de telecomunicações, como previsto em seu art. 69, mas a sistemática de classificação legal e de tipificação regulatória. É o que a autora denomina “*princípio da dupla subsunção*”⁷⁹ – legal e regulatória.

A questão da dupla subsunção é prejudicada, entretanto, pelo fato de a LGT prever, em seu art. 131, §1º, que a autorização para prestação de serviço é ato vinculado aos requisitos legais, que vêm previstos nos artigos seguintes. Dentre eles, não consta o enquadramento em modalidade de serviço prevista pela agência. Desse modo, se interessado solicitar autorização para prestação de serviço que não se subsume totalmente às modalidades já existentes, não haveria fundamento plausível para a negativa da agência com base na ausência de subsunção regulatória.⁸⁰

Justamente por ser a tipologia regulatória aberta, como previsto no art. 69 da LGT, há possibilidade da agência, em face da evolução tecnológica e da dinamicidade do setor, adequar as modalidades de serviço, em face das necessidades da iniciativa privada e da evolução tecnológica. Este, efetivamente, o papel do ente regulador: responder com celeridade à velocidade do desenvolvimento setorial, por meio do uso de sua competência técnico-discricional.

Desse modo, há atividade de telecomunicações sem o enquadramento à tipificação regulatória. O que a agência pode – e deve – é estabelecer regimes jurídicos a serviços, conforme sua classificação, mas não requisitos para a autorização, que são objeto de

⁷⁹ Ob.Cit. p. 35.

⁸⁰ Soma-se a isso a previsão do inciso II do art. 128 da LGT, que dispõe que “nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante.”, além do próprio *caput* do art. 128 e do art. 127.

reserva legal, segundo a sistemática da LGT. Assim, se um dado serviço não está regulamentado, ele pode ser prestado, desde que atendidos aos requisitos legais, o que tem grande importância em um ambiente de convergência. Mas como não há direito adquirido a regime jurídico – e a LGT tem referência expressa nesse sentido no art. 130⁸¹, a ANATEL pode posteriormente regulamentar esse serviço, impondo os limites e condicionamentos que julgar necessários, que devem ser respeitados pelos prestadores.

Observando-se os atos⁸² expedidos pela Agência, vê-se que a grande maioria deles faz remissão à regulamentação expedida previamente pela própria agência, de modo que se verifica que o conteúdo técnico-discricional possível, aberto pela LGT, foi preenchido previamente à prática do ato administrativo concreto através da edição de regulamentos pelo Conselho Diretor. Por essa via, é possível constatar que a discricionariedade técnica exercida pela ANATEL não tem grande incidência no momento final da prática administrativa, isto é, quando o órgão regulador é chamado a decidir questões particulares e concretas. Quando estas são decididas, faz-se alusão

⁸¹ “Art. 130. A prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação.” Nem mesmo as concessionárias tem direito ao regime jurídico firmado nos contratos, visto que a Administração pode alterá-los unilateralmente. É assegurado, em contrapartida, o reequilíbrio econômico-financeiro, cláusula inerente a todos os contratos administrativos.

⁸² Ato administrativo, neste caso, refere-se à noção em sentido estrito, como discorrido no item 1.2. “O ato administrativo seria assim a declaração de vontade, de juízo, de conhecimento ou de desejo realizada pela administração pública em exercício de uma potestade administrativa distinta da potestade regulamentar” ENTERRÍA, Eduardo García de. Op. Cit. p. 468. ONSIDERANDO o disposto no art. 85 da Resolução n.º 65, de 29 de outubro de 1998; nos itens 1.2.2.1, 1.2.2.2, 7 e 7.1 da Resolução n.º 318, de 27 de setembro de 2002; nos arts. 9 e 10 da Resolução n.º 321, de 27 de setembro de 2002; e na Resolução n.º 101, de 4 de fevereiro de 1999; CONSIDERANDO o que consta do processo n.º 53500.004413/2003; CONSIDERANDO deliberação tomada em sua reunião n.º 276, realizada em 6 de novembro de 2003, resolve: Art. 1º Aprovar o pedido de adaptação do Contrato de Concessão n.º 014/97-DOTC/SFO/MC, de 4 de novembro de 1997, publicado no Diário Oficial da União de 5 de novembro de 1997, de titularidade da CTBC Celular Participações S/A., para três Termos de Autorização do Serviço Móvel Pessoal – SMP, um para cada grupo de municípios contido em cada uma das três Regiões definidas no Plano Geral de Autorizações do Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução n.º 321, de 27 de setembro de 2002. Parágrafo único. O valor da substituição do Contrato de Concessão pelo Termo de Autorização é de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) para cada Termo de Autorização resultante.

aos instrumentos normativos já editados, o que faz dos atos concretos atos fundados nesses instrumentos editados pela agência.⁸³

Formalmente, são estes os moldes em que se apresentam a edição de normas pela ANATEL.

3.2. Vínculo específico com a Administração na prestação de serviços de telecomunicações

Sob o ângulo da administração ordenadora do Estado, como proposto por Carlos Ari SUNDFELD⁸⁴ (vide item 1.1), não estariam abarcados pela atividade ordenadora “*a disciplina da atuação dos particulares em campo estatal*”. Dentre os excluídos estariam os

Art. 2º Aprovar o pedido de transferência dos Termos de Autorização referenciados no Art. 1º para a Triângulo Celular S/A, condicionando a transferência à apresentação da documentação pertinente e ao reconhecimento de sua regularidade pela Agência. Art. 3º Deferir o pedido de adoção do VU-M homologado pela Agência, na forma da regulamentação. Art. 4º Esta ato entra em vigor na data de sua publicação. LUIZ GUILHERME SCHYMURA DE OLIVEIRA Presidente do Conselho.

⁸³ Veja-se, a título de exemplo: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES SATO N.º 40.451, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2003 **O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL**, no uso das atribuições que foram conferidas à Agência pelo art. 19 da Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, e art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto n.º 2.338, de 7 de outubro de 1997, CONSIDERANDO o disposto nos arts. 98, 136, § 2º e 214 da Lei n.º 9.472/97; CONSIDERANDO o disposto no art. 85 da Resolução n.º 65, de 29 de outubro de 1998; nos itens 1.2.2.1, 1.2.2.2, 7 e 7.1 da Resolução n.º 318, de 27 de setembro de 2002; nos arts. 9 e 10 da Resolução n.º 321, de 27 de setembro de 2002; e na Resolução n.º 101, de 4 de fevereiro de 1999; CONSIDERANDO o que consta do processo n.º 53500.004413/2003; CONSIDERANDO deliberação tomada em sua reunião n.º 276, realizada em 6 de novembro de 2003, resolve: Art. 1º Aprovar o pedido de adaptação do Contrato de Concessão n.º 014/97-DOTC/SFO/MC, de 4 de novembro de 1997, publicado no Diário Oficial da União de 5 de novembro de 1997, de titularidade da CTBC Celular Participações S/A., para três Termos de Autorização do Serviço Móvel Pessoal – SMP, um para cada grupo de municípios contido em cada uma das três Regiões definidas no Plano Geral de Autorizações do Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução n.º 321, de 27 de setembro de 2002. Parágrafo único. O valor da substituição do Contrato de Concessão pelo Termo de Autorização é de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) para cada Termo de Autorização resultante. Art. 2º Aprovar o pedido de transferência dos Termos de Autorização referenciados no Art. 1º para a Triângulo Celular S/A, condicionando a transferência à apresentação da documentação pertinente e ao reconhecimento de sua regularidade pela Agência. Art. 3º Deferir o pedido de adoção do VU-M homologado pela Agência, na forma da regulamentação. Art. 4º Esta ato entra em vigor na data de sua publicação. LUIZ GUILHERME SCHYMURA DE OLIVEIRA Presidente do Conselho

⁸⁴ Direito Administrativo Ordenador, 1ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003.

concessionários de serviço público, os contratados pela Administração e aqueles que desfrutam de direito de uso especial de bem público, que estariam regidos por normas próprias de direito público.

Mas essa afirmação não traduz propriamente a diferença entre as atividades privadas comuns e aquelas atividades privadas em campo estatal. A diferença estaria em que, na atuação dos particulares no campo estatal, estabelece-se com a Administração uma relação jurídica específica, em que esta goza de poderes especiais. Por outro lado, quando se trata de atuação no campo privado, há submissão somente por meio de vínculo genérico com o Estado, que se configura pelo poder de regulamentar as atividades privadas através de lei em sentido formal. Desse modo, a lei teria que prever expressamente poderes administrativos para regular a atuação privada, além de trazer em si as obrigações que seriam impostas.⁸⁵

A diferenciação entre vinculação genérica – típica da administração ordenadora – e entre vinculação específica – existente nas situações listadas acima, implica em consequências jurídicas bem distintas, como leciona Carlos Ari SUNDFELD:

- a) O princípio da legalidade, na relação genérica, tem aplicação muito mais intensa. Os poderes da Administração frente aos particulares, quando atuam no campo privado, são *criação direta da lei*. Logo, a Administração só os exercerá se previstos em lei, como previstos e através dos instrumentos expressamente conferidos. Já na relação específica, entendem-se implícitos para a Administração poderes de mando, fiscalização e até de extinção do vínculo, independentemente de expressa previsão legal. Em outros termos, *a lei apenas regulamenta* os poderes que a Administração necessariamente tem – e que terá, mesmo na omissão da lei.
- b) Quando desenvolve atividade do Estado, em lugar dele, o particular vincula a responsabilidade deste pelos prejuízos que produzir. Quando, ao contrário, explora atividade privada – mesmo sob a administração ordenadora – os

⁸⁵ Idem, p. 23 e 24.

eventuais prejuízos resultantes são de sua exclusiva responsabilidade.”⁸⁶ (grifos acrescidos)

Uma das principais formas do particular estabelecer com a Administração vínculos específicos, e de grande relevância para esse estudo, é o recebimento de delegação de atividade estatal, por meio de concessão ou permissão. Sobre a relação específica decorrente da concessão, ensina o autor que a titularidade dos serviços públicos conferida à Administração como previsto na Constituição, apesar de não excluí-los da regulamentação legislativa, “*confere-lhes o poder implícito de, na ausência da lei, regular os direitos e deveres dos particulares que os utilizem. Assim, quando atuam em campo estatal, os administrados podem ser submetidos aos direitos e deveres impostos – em decorrência da lacuna legal – por norma administrativa*”.⁸⁷

Como ressalta o próprio SUNDFELD, “*a reserva de certo campo de atividades para o Estado representa, atualmente, importante instrumento na regulação administrativa da economia. É que tal reserva, muito freqüentemente, não visa de fato proibir a atuação privada, mas tão-só controlá-la de modo mais intenso, através da técnica concessional*”.⁸⁸

No campo específico da telefonia, observa-se o uso do instrumento da concessão de serviço público com o fim de delegar ao

⁸⁶ “A diferença está em que, quando, por qualquer forma, os particulares atual no campo estatal, estabelecem com a Administração uma relação jurídica específica, em que esta exerce poderes especiais. Quando, ao contrário, atuam no campo privado, submetem-se apenas a vínculo genérico com o Estado, caracterizado pelo poder deste, através da lei, regulamentar as atividades privadas. Mas, como vimos, essa disciplina pode prever ou não a interferência das autoridades administrativas no cumprimento da lei. Assim, a vinculação genérica do Estado com os indivíduos pode ou não se materializar em vinculação genérica entre estes e a Administração, na dependência – e, sobretudo, nos limites – da opção legislativa. Percebe-se a distinção: enquanto os poderes da Administração, nos vínculos específicos com os particulares, lhe são conaturais, e portanto, tão extensos quanto necessário, os poderes genéricos da Administração frente aos particulares existirão se, quando, como e na medida em que expressamente previstos em lei”. Idem, p. 25.

⁸⁷ Idem, p. 31.

⁸⁸ Idem, p. 39. Prossegue o autor: “Em outros termos: a reserva pretende apenas aumentar os poderes da Administração para além daqueles coerentes com a titularidade de direitos prévios pelos particulares. A utilidade da técnica de regulação fundada na concessão de serviço ou de bem público, pode ser sintetizada nos seguintes pontos: a) a limitação do número de particulares admitidos à exploração da atividade, o que serve ao controle do excesso da concorrência; b) a escolha apenas dos mais capacitados, que ofereçam maiores

particular o exercício de atividade cuja titularidade é estatal. Nos termos do inciso XI do art. 21 da Constituição:

Art. 21 Compete à União:

(...)

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;

Não obstante a titularidade estatal da atividade, a LGT, que lançou as normas basilares do setor, instituiu a diferenciação de regimes para prestação de serviço de telefonia. Em seu art. 63 e parágrafo único, previu que os serviços de telecomunicações, quanto ao regime jurídico, se classificam em públicos e privados. Os serviços prestados em regime público fariam uso do instrumento da concessão ou permissão. Já os prestados em regime privado, utilizariam o instrumento da autorização.

O contrato de concessão de telefonia vem definido pela LGT em seu art. 83, parágrafo único, nos seguintes termos:

Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

garantias ao cumprimento do interesse público; c) a delimitação prévia da quantidade e qualidade dos poderes transferidos ao particular; d) a imposição do exercício obrigatório do direito, sob fiscalização estatal; e) a reserva de revogação, cassação, resgate e reversão, permitindo a retomada da atividade pela Administração, seja para o fim de desempenhá-la diretamente, seja para nova distribuição a outros particulares.” (p. 39 e 40) Vide também García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Madrid: Civitas, 1977, vol II, p. 133.

Segundo o art. 64 LGT, incluem-se dentre os serviços que comportarão prestação em regime público, cuja existência, universalização e continuidade a União compromete-se a assegurar, as modalidades de serviço telefônico fixo comutado – STFC destinadas ao uso do público em geral.

Tal previsão foi corroborada pelo Decreto n.º 2.534, de 02 de abril de 1998, que aprovou o Plano Geral de Outorgas – PGO de serviço de telecomunicações prestado no regime público. No PGO firmou-se que o STFC seria prestado nos regimes público e privado (art. 1º) e que aos demais serviços seria aplicado exclusivamente o regime privado (art. 3º).

Recentemente, a ANATEL, para possibilitar o uso dos recursos do Fundo de Universalização de Telecomunicações – FUST, lançou as Consultas Públicas n.º 480, 493 e 494/2003, com Proposta de Regulamento do Serviço de Comunicações Digitais – SCD, Proposta do Plano Geral de Outorgas do SCD destinado ao público em geral – PGO SCD e Proposta de Plano Geral de Metas para Universalização do SCD destinado ao uso do público em geral – PGMU SCD⁸⁹, conforme o documento Matéria para Apreciação do Conselho Diretor n.º 012/SUN, de 05/02/2003, da Superintendência de Universalização, respectivamente. Tais consultas propõem a criação do SCD e abrem a possibilidade de mais um serviço outorgado aos particulares por meio de concessão. Como o STFC, o SCD seria prestado também nos regimes público e privado.

Em face do enquadramento no regime concessional, pode-se afirmar que os concessionários, prestadores de STFC, ou futuras concessionárias do SCD, em vias de criação, são exemplos de vínculos específicos com a Administração. O particular está, nestes casos, em exercício de atividade cuja titularidade é estatal. Pode, então, o Estado exercer poderes de mando, fiscalização e mesmo de extinção do vínculo, independente de previsão legal minuciosa de direitos e obrigações, como referido acima.

⁸⁹ Atualmente, a ANATEL está elaborando resposta às contrituições apresentadas durante as Consultas Públicas.

Desse modo, justifica-se, de pronto, a edição de normas setoriais pelo ente regulador, de forma a criar direitos e obrigações para os concessionários de serviço de telefonia, mesmo que não referidos expressamente em lei.

Apesar de não ser necessária a previsão legal minuciosa dos direitos e obrigações que devam constar nos contratos de concessão, diante do vínculo específico que se firma com a Administração, a LGT disciplina pormenorizadamente o teor dos contratos de concessão. Há um capítulo inteiro (II) no título II da LGT, intitulado *Dos Serviços Prestados em Regime Público*, que trata da concessão. Dentre os temas abordados neste capítulo da LGT, encontram-se: (a) outorga (arts. 83 a 92); (b) contrato, com destaque para suas cláusulas essenciais (arts. 93 a 99); (c) regime dos bens reversíveis (arts. 100 a 102); (d) regime tarifário (arts. 103 a 109); (e) intervenção (arts. 110 e 111); e, (f) extinção (arts. 112 a 117). São, pois, mais de trinta artigos somente sobre o tema.

Com o propósito de normatizar sobre os contratos de concessão, que estão atualmente em vigor, foi editada a Resolução ANATEL n.º 26, de 27 de maio de 1998, em que constam com anexos os modelos de contrato de concessão de STFC nas modalidades local, longa distância nacional e longa distância internacional.

Tais modelos prevêm em seus diversos capítulos: o objeto do contrato; áreas de prestação; prazo e as condições de prorrogação; modo, forma e condições de prestação; regras para implantação, expansão, alteração e modernização do serviço; critérios indicadores de qualidade e continuidade do serviço; metas de universalização; regras sobre suspensão do serviço por inadimplência e pedido do assinante; plano de numeração; regime tarifário e cobrança dos usuários; reajustamento das tarifas; proteção da situação econômica da concessionária e revisão das tarifas; receitas alternativas, complementares e acessórias; direitos e garantias dos usuários e demais prestadores; direitos, garantias e obrigações da concessionária; obrigações e prerrogativas da ANATEL; concessionária; transferência da concessão e do controle da concessionária; regime de fiscalização; prestação de contas pela concessionária; bens vinculados à concessão; regime de reversão; plano de seguros; interconexão; sanções; extinção da concessão; indenização; intervenção; expropriações e imposições

administrativas; arbitragem; regime legal aplicável e documentos aplicáveis; foro; e, disposições finais e gerais.

Inerente aos casos em que particulares prestam atividade tipicamente estatal, o poder de mando da Administração, para os contratos de concessão, vem previsto ainda no capítulo XVI dos modelos de contrato de concessão, quando se afirma que incumbirá à ANATEL “*regulamentar permanentemente a prestação do serviço concedido*”. Ainda no capítulo XXXI, referente ao regime legal e aos documentos aplicáveis, encontra-se também referência à observância da regulamentação editada pela ANATEL.

Recentemente, para lançar as condições dos novos contratos, foi editada a Resolução ANATEL n.º 341, de 20 de junho de 2003, com os modelos dos novos contratos de concessão, para que as atuais concessionárias pudessem manifestar seu interesse na renovação, até a data de 30 de junho de 2004.

Quanto às **autorizações** para prestação do serviço de telefonia, é interessante notar que guardam forte identidade com atividades do particular no campo estatal, diferenciando-se da autorização tradicional do Direito Administrativo.⁹⁰ Enquanto a autorização típica caracteriza-se por ser ato discricionário e precário, a LGT estabelece

⁹⁰ Celso Antônio Bandeira de MELLO define autorização como o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário. É o caso da autorização de porte de arma ou da autorização para exploração de jazida mineral”. Curso de Direito Administrativo, 10ª edição, São Paulo: Melhoramentos, 1998, p. 273. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, define a “autorização administrativa, em sentido amplo, como o ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público, ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos”. Direito Administrativo, 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2002, p. 218. Hely Lopes MEIRELLES, a seu turno, conceitua autorização como “o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc. Na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado, diversamente do que ocorre com a licença e a admissão, em que, satisfeitas as prescrições legais, fica a Administração obrigada a licenciar ou a admitir. § Não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização, daí por que a Administração pode negá-la ao seu talante, como pode cassar o alvará a qualquer momento, sem indenização alguma”. Direito Administrativo Brasileiro, 23ª edição, São Paulo: Malheiros, p. 167.

que a autorização para prestação de serviço de telecomunicações é ato vinculado, nos termos do art. 131, §1º, que “faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”.

Embora a LGT disponha expressamente que implicam prestação em regime privado, dando a entender que não haveria vínculo específico com a Administração, como se percebe, inclusive, da Exposição de Motivos n.º 231/MC, que encaminhou o Projeto de Lei da LGT ao Congresso Nacional, há argumentos que permitem sustentar que configuraria ela também essa espécie de vínculo com o Poder Público. Pode-se, dessa forma, justificar poderes de normatização administrativa mais extensos do que os existentes nas situações de vínculo genérico com a Administração, em que todos os direitos e obrigações devem ser decorrência direta de lei.

O primeiro dos argumentos é o próprio texto constitucional. Como evidencia o inciso XI do art. 21 da Constituição, acima transcrito, os serviços de telecomunicações são de competência da União e, portanto, de sua titularidade, devendo ser explorados diretamente ou por meio de autorização, permissão ou concessão. Dessa forma, por ser a União titular do serviço, a autorização seria, em verdade, forma de delegação, configurando-se, pois, vínculo específico.

Assim o reconhece Hely Lopes MEIRELLES, ao afirmar que serviços autorizados são “*serviços delegados e controlados pela Administração autorizante*”.⁹¹ Todavia, como se passa com o regime privado de prestação dos serviços de telecomunicações, os serviços autorizados “*não se beneficiam das prerrogativas das atividades públicas, só auferindo as vantagens que lhes forem expressamente deferidas no ato da autorização*”. Continua ou autor:

Seus executores não são agentes públicos, nem praticam atos administrativos; prestam, apenas, um serviço de interesse da comunidade, por isso mesmo controlado pela Administração e sujeito à autorização. A contratação desses serviços com o usuário é sempre uma relação de Direito Privado, sem participação ou responsabilidade

⁹¹ Idem, p. 341.

do Poder Público. Qualquer irregularidade deve ser comunicada à Administração autorizante, mas unicamente para que ela conheça a falta do autorizatário e, ser for o caso, lhe aplique a sanção cabível, inclusive a cassação da autorização.⁹²

Soma-se ao conjunto de argumentos o conteúdo do próprio termo de autorização para prestação de serviços de telecomunicações, que elenca minuciosamente os direitos e obrigações do autorizatário. Juntamente com a Resolução n.º 26, de 27 de maio de 1998, que aprova os modelos de contrato de concessão de STFC, estão, na Coleção Normativa de Telecomunicações, v. 3, referente ao STFC (editado pela ANATEL em 1998), os modelos de termos de autorização para prestação do STFC, nas diversas modalidades. Lá encontra-se um rol de direitos e obrigações muito similares aos previstos nos contratos de concessão: o objeto; valor da autorização; compromisso de abrangência; utilização de radiofrequências e condições de prestação do serviço; critérios para qualidade do serviço; plano de numeração; cobrança dos usuários; direitos e garantias dos usuários e demais prestadores; direitos, garantias, obrigações e restrições da autorizada; obrigações e prerrogativas da ANATEL; autorizada; regime de fiscalização; interconexão; sanções; extinção da autorização; regime legal e documentos aplicáveis; foro e disposição final.

Apesar de não ser idêntico o regime a que concessionárias e autorizadas estão submetidas (com algumas diferenciações quanto ao regime tarifário, responsabilidade da União na continuidade dos serviços, entre outros), o conteúdo extenso e detalhado do termo de autorização, no caso em análise, para prestação de STFC, permite concluir haver, sim, vínculo específico entre prestador e Administração, com possibilidade muito mais forte de ingerência do Poder Público na atividade do particular, visto que exercida em campo estatal.

Além destes modelos de termos de autorização, que muito se distanciam da precariedade dos atos de autorização típicos, pode-se mencionar como demais ocorrências que permitem fundamentar a existência de vínculo específico com a Administração:

⁹² Idem, p. 343.

- a) Resoluções n.º 215 e 216, de 29/02/2000, aprovam o modelo de Termo de Autorização para Exploração do Serviço Limitado Especializado, submodalidade Serviço de Rede Especializado, submodalidade Serviço de Circuito Especializado, respectivamente, ambos de interesse coletivo;
- b) Resolução n.º 283, de 29/11/2001, que aprova o Regulamento para Expedição de Autorização para Prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral – STFC, que traz também modelos de termos de autorização;
- c) Resolução n.º 318, de 27/09/2002, que institui a norma de Adaptação dos Instrumentos de Concessão e de Autorização do Serviço Móvel Celular SMC para o Serviço Móvel Pessoal – SMP, alterada pela Resolução n.º 326, de 28/11/2002;
- d) Resolução n.º 328, de 29/01/2003, que aprova os modelos de Termo de Autorização para Exploração do Serviço de Comunicação Multimídia, de interesse coletivo;

Portanto, é possível concluir que, os serviços de telecomunicações cuja prestação seja conferida ao particular por meio de autorização configuram também vínculo específico com a Administração, ao menos naqueles de interesse coletivo, como previsto no art. 62 da LGT, que são os de prestados a quaisquer interessados, em condições não discriminatórias.

3.3. Meio de atribuição de competência técnico-discricional à ANATEL: standards normativos e conceitos indeterminados presentes na LGT

Materialmente, a função normativa exercida pela ANATEL tem lastro nas disposições legais presentes na LGT, além do próprio texto constitucional. Constam na LGT não só os dispositivos que lhe fixam os contornos da competência, mas aqueles que estabelecem os parâmetros legais básicos sobre os quais a agência trabalhará, exercendo a margem de poder técnico-discricional que lhe é característico.

Esses parâmetros básicos são os que fixam as diretrizes do setor de telecomunicações. Estabelecem os nortes em que se deve fundamentar toda a produção normativa do Executivo, aí incluindo-se os Decretos editados pelo Presidente da República, as Portarias editadas pelo Ministério das Comunicações e as Resoluções da ANATEL.

A LGT é permeada de parâmetros que visam a dar o contorno setorial para atuação do Executivo na formulação das políticas públicas e da ANATEL na execução dessas políticas. Para fixar as finalidades essenciais do setor, e dar o conteúdo substancial mínimo necessário para garantir aos administrados o respeito à regra de reserva de lei (vide item 2.1), a LGT faz uso de certos *standards* normativos, que diminuam a densidade normativa da LGT, fixando diretrizes, mas que, ao mesmo tempo, asseguram o conteúdo material necessário para servir de norte ao exercício da competência normativa conferida à ANATEL.

Além dos *standards* normativos, que fixam diretrizes setoriais, finalidades e princípios, há outros parâmetros legais presentes na LGT, que também estabelecem o quadro material básico a partir do qual trabalhará a Agência. São eles os conceitos jurídicos indeterminados. Tais conceitos figuram, muitas vezes, associados a conceitos técnicos, e são eles que estabelecem a medida da competência técnico-discrecional da ANATEL, a ser esgotada quando da edição de normas sobre as respectivas matérias. Associados às finalidades estabelecidas para o setor, constituem os aspectos materiais mediadores da competência da Agência.

Desse modo, analisando-se a LGT, encontram-se diversos mediadores de competência veiculados por meio de conceitos indeterminados, a serem especificados na regulamentação editada pela Agência, que deve observar, por óbvio, a previsão contida nos decretos editados para o setor pelo Presidente da República.⁹³

⁹³ Não se pode olvidar, ainda, que a LGT estabelece diretamente uma série de obrigações e direitos, como se percebe a partir do Livro III, que trata da organização dos serviços de telecomunicações.

Promover-se-á, a seguir, a análise de alguns dos conceitos indeterminados presentes na LGT que apresentem maior relevância.

O Livro I da LGT, que trata dos princípios fundamentais, é o que apresenta maior concentração de conceitos indeterminados, que fixam as linhas gerais a serem atendidas não só pela ANATEL, mas pelo poder público em geral, quando da aplicação da LGT. Dentre os conceitos indeterminados nele presentes, pode-se mencionar: *acesso às telecomunicações, tarifas e preços razoáveis, condições adequadas, informação adequada e livre justa e ampla competição*.

O art. 2º, inciso I, fixa como dever do Poder Público “garantir, a toda a população, o *acesso às telecomunicações*, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas”. O termo *acesso* reaparece no art. 3º da LGT, ao tratar sobre os direitos dos usuários de serviços de telecomunicações. Intimamente relacionado com o acesso às telecomunicações, encontram-se os objetivos de universalização e continuidade do serviço prestado em regime público, definidos nos §§ 1º e 2º do art. 79 da LGT, que visam a possibilitar que qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações possa usufruir dos serviços de telecomunicações, bem como dos serviços essenciais, garantindo-se sua não interrupção e a prestação em condições adequadas.

Apesar do teor constante da LGT, o que concretamente vai definir os moldes do direito de acesso é a regulamentação editada a partir dos parâmetros da lei. Em um primeiro nível, encontram-se os Planos Gerais de Metas de Universalização, previstos pelo art. 80 da LGT, e estabelecidos pelo Decreto n.º 2.592, de 15 de maio de 1998 e pelo Decreto n.º 4.769, de 27 de junho de 2003, que especificam o direito de acesso para o serviço telefônico fixo comutado (único prestado em regime público, ou seja, que tem garantia de continuidade e universalização asseguradas pela União, nos termos dos arts. 63 e 64 da LGT). São fixadas, nos referidos decretos, as metas de universalização para cumprimento pelas concessionárias de STFC – o primeiro vigente até 2005 e o segundo a partir de 2006.

Como estabelece o art. 79 da própria LGT, “*a Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público*”.

A ANATEL, em decorrência de sua competência, editou, tratando da questão do acesso, universalização e continuidade do STFC, a regulamentação correspondente. Na Resolução n.º 85, de 30 de dezembro de 1998, que aprovou o Regulamento do STFC, encontram-se normas sobre a forma de provimento do serviço (arts. 42 e ss.), sobre as hipóteses de interrupção do mesmo (arts. 24 e ss.), sobre código de acesso (arts. 82 de ss.), bem como sobre telefones de uso público (arts. 85 e ss.). Para propiciar o controle do cumprimento das metas de universalização do STFC, foi editada, ainda, a Resolução n.º 280, de 15 de outubro de 2001, que estabelece os critérios para aferição do cumprimento das referidas metas.

No art. 3º, inciso II da LGT, por sua vez, encontra-se menção à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço, um dos importantes conceitos presentes na lei. Sobre tal direito, além de toda regulamentação específica, pode-se mencionar, mais recentemente, a implementação do Código de Seleção de Prestadora para o Serviço Móvel Pessoal. Tal iniciativa, trazida pela Resolução n.º 316, de 27 de setembro de 2002, visou a garantir a liberdade de escolha da prestadora de STFC que provê chamada longa distância nacional e internacional a partir de acesso do Serviço Móvel Pessoal – SMP.

Além dos conceitos indeterminados presentes no Livro I da LGT, estão presentes muitos outros no decorrer do seu texto, que encontram desdobramento específico nas normas editadas pela Agência.

No Livro III, há repetição de alguns dos presentes no Livro I, tal como *competição livre, ampla e justa* (art. 70), *competição efetiva* (art. 71) e *forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis* (art. 73). Figuram ainda outros conceitos, como *maior benefício do usuário, interesse social e econômico do País e justa remuneração da prestadora* (art. 84, §1º).

Os conceitos referidos no art. 84, §1º da LGT, *maior benefício do usuário, interesse social e econômico do País e justa remuneração da prestadora*, deram margem à edição do Plano Geral de Outorgas, através do Decreto n.º 2.534, de 02 de abril de 1998, e, em decorrência, a vários Resoluções sobre o STFC.

O art. 73 refere-se ao direito das prestadoras de interesse coletivo de utilização de **postes**, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controladas por prestadora de outros serviços de interesse público, *de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis*. Para o caso específico, foi editada a Resolução conjunta n.º 1, de 24 de novembro de 1999, pela ANATEL, ANP e ANEEL, que fixa o Regulamento Conjunto para compartilhamento de infra-estrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, que estabelece normas sobre as condições de compartilhamento, seu contrato e a forma de resolução de conflitos, caso não seja firmado o acordo no prazo estabelecido, remetendo-se a controvérsia à arbitragem das agências.

Uma das competências mais amplas e mais importantes da ANATEL diz respeito a regulamentação do uso do espectro de radiofrequências. É uma matéria que serve claramente como exemplo de combinação de critérios técnicos com critérios jurídicos para a edição da regulamentação. Além de constar formalmente no rol de competências para a edição de normas, como visto no item 2.4, o art. 127 da LGT prevê que a disciplina da exploração dos serviços no regime privado deve garantir o *uso eficiente do espectro de radiofrequências*. Encontram-se, ainda, sobre o espectro de radiofrequência disposições nos arts. 157 a 160 da LGT, dentre os quais aparecem os conceitos de *recurso limitado, emprego racional e econômico do espectro, e utilização eficiente e adequada do espectro*.

Desse modo, no exercício de sua competência, a ANATEL editou e vem editando diversas Resoluções definindo o plano de destinação das faixas de frequência⁹⁴, que observa as recomendações da União Internacional de Telecomunicações para padronização internacional, a compatibilidade técnica de cada faixa e questões de conveniência e oportunidade administrativas, como se pôde observar, por exemplo, na definição da faixa de frequência para a prestação do SMP, para a qual foi escolhida faixa de 1.8 MHz, entre outra opção tecnicamente

⁹⁴ Entre 1998 e 2003 foram editadas 45 resoluções da ANATEL sobre a destinação das faixas de frequência,

viável, a faixa de 1.9 MHz (Resolução n.º 312, de 19/09/2002⁹⁵). Verificadas as faixas de frequência tecnicamente possíveis para a prestação do SMP, passou-se à análise dos critérios administrativos envolvidos na questão, norteados pelos princípios basilares da LGT. A frequência 1.8 MHz é utilizada em quase todo o mundo para operação da tecnologia digital Global System Mobile – GSM, que foi desenvolvida como tecnologia aberta, em que não há pagamento de *royalties*, mais barata, portanto. Além disso, é uma das tecnologias mais difundidas, o que, pela economia de escala, diminui o custo dos terminais, propiciando maior acesso aos usuários.⁹⁶ Esses motivos nortearam a escolha da faixa de frequência de 1.8 MHz para prestação do SMP em caráter primário, considerando a prévia análise técnica que indicou as faixas de frequência possíveis.

Pode-se encontrar, ainda, seguindo-se na leitura da LGT, os seguintes conceitos indeterminados: *situação excepcional* (art. 118), *função social do serviço de interesse coletivo* (art.127) e *relevantes razões de caráter coletivo* (art. 135), entre outros.

Um bom exemplo para ilustrar a importância da discrecionariade técnica na formulação das normas expedidas pela ANATEL está na regulamentação do conteúdo da interconexão, prevista em diversos dispositivos da LGT,⁹⁷ e da desagregação de redes.

⁹⁵ Resolução aprovada na Reunião do Conselho Diretor n.º 223, de 11 de setembro de 2002, com unanimidade, seguindo a Análise n.º 88/2002, do Conselheiro Relator Antônio Carlos Valente da Silva. Sobre a polêmica da utilização da faixa de 1.9 MHz para prestação de SMP, vide a Análise n.º 106/2003, do Conselheiro José Leite Pereira Filho.

⁹⁶ De acordo com a GSM Association: “Today’s second-generation GSM networks deliver high quality and secure mobile voice and data services (such as SMS/Text Messaging) with full roaming capabilities across the world. Today’s GSM platform is a hugely successful wireless technology and an unprecedented story of global achievement. In less than ten years since the first GSM network was commercially launched, it became the world’s leading and fastest growing mobile standard, spanning over 190 countries. Today, GSM technology is in use by more than one in ten of the world’s population and it is estimated that at the end of 2002 there were 787 million GSM subscribers across the 190 countries of the world. The growth of GSM continues unabated with more than 160 million new customers in the last 12 months. Since 1997, the number of GSM subscribers has increased by a staggering 10 fold. During late 2003 or early 2004, it is predicted that global GSM subscribers will smash through the one billion mark. The progress hasn’t stopped there. Today’s GSM platform is living, growing and evolving and already offers an expanded and feature-rich ‘family’ of voice and data enabling services”. Consulta ao sítio <http://www.gsmworld.com/technology/gsm.shtml>

⁹⁷ Art. 19, inciso XIV; art. 81, parágrafo único, II; art. 93, inciso XII; art. 110, inciso VI; art. 120, inciso V; art. 146, caput e parágrafo único; arts. 146 a 150; arts. 152 e 153 da LGT.

Os arts. 146 a 150, 152 e 153 definem os contornos legais da interconexão, por meio da fixação da obrigação de interconexão de redes, entre outros, e o art. 155, em relação à desagregação de redes.

Para regulamentar a interconexão, a ANATEL editou a Resolução n.º 40, de 23 de julho de 1998, alterada pela Resolução n.º 130, de 31 de maio de 1999, somando-se às Normas n.º 24, 25 e 26/96 (Portarias n.º 1.537, n.º 1.538 e n.º 1.539, todas de 04 de novembro de 1996), editadas pelo Ministério das Comunicações, órgão regulador à época, que tratam da remuneração pelo uso das redes do serviço móvel celular e serviço telefônico público, o STFC de hoje; critérios e procedimentos para determinação dos valores para as tarifas de uso dessas mesmas redes; critérios para processamento e repasse de valores entre as entidades prestadoras desses dois serviços, respectivamente.

Somando-se a elas, foram editadas pela ANATEL a Resolução n.º 33, de 13 de julho de 1998, que aprovou o Regulamento Remuneração pelo Uso das Redes das Prestadoras do STFC; a Resolução n.º 320, de 27 de setembro de 2002, que aprovou o Regulamento sobre critérios tarifários para a prestação de STFC nas chamadas envolvendo usuários do SMP; e a Resolução n.º 319, de 27 de setembro de 2002, que aprova a Norma critérios de remuneração pelo uso de redes de prestadoras do Serviço Móvel.

A desagregação de redes, em um primeiro momento, não foi objeto de regulamentação, tendo recebido alguma manifestação da Agência somente no que diz respeito à fixação do preço de desagregação das redes locais de telefonia fixa, por meio do Despacho n.º 172 da Superintendência de Serviços Públicos, de 13/05/2004, em decorrência de denúncias apresentadas pelas prestadoras Intelig e Embratel, em 4/12/2000 e 25/04/2003, contra as concessionárias Telemar, Brasil Telecom e Telefônica.

Recentemente, a ANATEL lançou as Consultas Públicas com propostas de regulamentos para a interconexão, remuneração e desagregação de redes:

- a) Consulta Pública Nº 549 - ANEXO A Proposta de Alteração do Regulamento Geral de Interconexão;

- b) Consulta Pública nº 549 - ANEXO B Proposta de Alteração do Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes de Prestadoras do Serviço Móvel Pessoal – SMP;
- c) Consulta Pública n.º 549 - ANEXO C Proposta de Alteração de Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes de Prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC;
- d) Consulta Pública Nº 548 - Proposta de Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada;
- e) Consulta Pública Nº 544, de 21 de junho de 2004 - Proposta de Regulamento de Separação e Alocação de Contas;
- f) Consulta Pública Nº 544 - Anexo I - Princípios e Critérios Para a Elaboração do Documento de Separação e Alocação de Contas;
- g) Consulta Pública Nº 544 - Anexo II - Base de Custos Correntes (CCA);
- h) Consulta Pública Nº 544 - Anexo III - Custos Incrementais de Longo Prazo;
- i) Consulta Pública Nº 544 - Apêndice A APÊNDICE A - Informações De Demanda E Dados Físicos (IDDF);
- j) Consulta Pública Nº 544 - Apêndice B APÊNDICE B - Previsão de Demanda e Dados Físicos (PDDF);
- k) Consulta Pública Nº 544 - Apêndice C APÊNDICE C - Plano Geral para Separação e Alocação de Contas;
- l) Consulta Pública Nº 544 - Apêndice D APÊNDICE D - Informações Contábeis por Modalidade de Serviço;

Não obstante ter deixado tanto tempo a desagregação sem regulamentação, por motivo de conveniência administrativa, a ANATEL agora propõem um modelo completo e altamente complexo de separação de contas, que irá viabilizar a formação de preços para o elemento de rede disponibilizado a outra prestadora. Será adotado o modelo de custo incremental de longo prazo combinado com o modelo de custos correntes.

Além de ter regulamentado a desagregação de redes, realizou revisão dos regulamentos de interconexão e remuneração de redes, a fim de adequá-lo às novas necessidades do mercado. A adaptação dos instrumentos regulatórios, para fazer frente à crescente complexidade do mercado e para assegurar a competição, encontra guarida na competência técnico-discrecional da ANATEL, que pode rever seus regulamentos em razão da alteração conjuntural verificada.

III - Conclusão

O presente estudo buscou estabelecer uma relação entre a discricionariedade técnica, como mecanismo de atribuição de margem de opção, com base técnica, a órgãos e entidades administrativas, e a função normativa acometida às agências reguladoras setoriais brasileiras. Nesse sentido, classificou-se a discricionariedade técnica como espécie do gênero discricionariedade administrativa, que participa no ordenamento jurídico como meio para concretização do teor abstrato contido nas normas de grau hierárquico mais elevado.

Pela análise dos mecanismos geradores da discricionariedade nas leis, chegou-se a conclusão de que a inserção de conceitos jurídicos indeterminados é um dos grandes responsáveis pela fixação de margens de volição, e não apenas de intelecção na norma. Desse modo, são eles aptos, sim, a gerar, no bojo da lei, uma margem de escolha a ser exercida pelas agências reguladoras, principalmente, no momento da edição de atos normativos.

A função normativa, tida como nota característica das agências reguladoras, fundamenta-se na necessidade de respostas normativas rápidas, em face do grande avanço tecnológico verificado na atualidade. Como a pauta normativa do atual Estado de Direito avolumou-se muito, seja pela crescente complexidade da vida humana, seja porque o Estado passou a ocupar o papel de regulador de diversas atividades que antes exercia diretamente, foi necessária a criação de outras esferas de normatização. Nesse contexto encontram-se as atuais agências reguladoras, como entidades emanadoras de normatização

setorial específica, que atenda aos parâmetros legais fixados para o setor.

Em especial, no caso do setor de telecomunicações, notou-se que os atos administrativos concretos editados pela ANATEL obedecem aos regulamentos editados pela própria Agência. Observa-se, desse modo, que a margem de poder técnico-discrecional conferido à Agência é exercida, em geral, na formulação de atos normativos. Há, pois, vinculação dos atos administrativos em sentido estrito aos critérios normativos estabelecidos com base nas disposições constantes da LGT.

Restou configurada, ainda, a existência de vínculo específico entre a Administração, por meio da ANATEL, e o particular que presta serviço de telecomunicações de interesse coletivo, visto que atua em campo estatal, por meio do recebimento de delegação. Tal assertiva fundamenta-se na Constituição Federal, no regime da autorização para prestação do serviço e no próprio conteúdo dos termos de autorização firmados entre Agência e autorizatários. A configuração deste vínculo específico possibilita justificar o fato de serem conferidos poderes mais extensos de normatização e fiscalização, não obstante seja a LGT uma lei que traz em seu bojo as obrigações a que estarão submetidas as prestadoras de serviço.

Além dos critérios formais existentes na LGT para atribuição de função normativa a esta entidade, constatam-se na lei a presença de critérios materiais para assegurar que não haverá mera delegação de função legislativa. Assim encontram-se *standards* normativos, definidores de diretrizes e princípios setoriais, e conceitos jurídicos indeterminados, muitas vezes associados a conceitos técnicos, que estabelecem os pontos nevrálgicos sobre os quais a regulamentação poderá agir complementarmente, a fim de viabilizar a dinâmica setorial.⁹⁸

⁹⁸ O Poder Executivo apresentou, no dia 13 de abril de 2004, o Projeto de Lei n.º 3.337/2004 que dispõe sobre a gestão, organização e o controle social das Agências Reguladoras. Tal Projeto mantém a função normativa das agências, porém as condiciona de diversos modos, a fim de ampliar o controle social. Dentre eles, a consulta pública, a exigência de contrato de gestão e a ampliação dos poderes dos Ministérios das pastas correspondentes, conferindo, especificamente ao Ministério das Comunicações, competência para editar atos normativos

IV – Bibliografia

AGUILLAR, Fernando Herren . Controle social e controle estatal de serviços públicos, *In* Controle social de serviços públicos, São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALESSI, Renato. *Principii di diritto amministrativo*. v. I. Milano: Giuffrè Editore, 1966.

_____. *Instituciones de Derecho Administrativo* – tomo I, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. p. 3-26. *In*: Revista Forense, vol. 354, Rio de Janeiro: Forense, março/abril 2001.

_____. *Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo*. p. 109-129. *In*: Revista de Direito Administrativo, vol. 225, Rio de Janeiro: julho/setembro 2001.

ARAÚJO, Florival Dutra de Araújo. Motivação e Controle do Ato Administrativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ATALIBA, Geraldo. *Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro*, p. 9 a 21, *In*: Revista de Direito Administrativo, vol. 97, julho/setembro de 1969.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências Reguladoras, p. 141-148. *In*: Revista de Direito Administrativo, vol. 213, julho-setembro 1998.

BACIGALUPO, Mariano. La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Madrid: Marcial Pons, 1997.

BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. Delegação de competência na Constituição. *In*: Caderno Direito & Justiça, Jornal Correio Braziliense de 6 de dezembro de 1999, Brasília: 1999.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Discrecionalidade Administrativa no Estado Constitucional de Direito. Curitiba: Juruá, 2001.

refentes aos serviços de telecomunicações prestados em regime público, nos termos do art. 21 do Projeto. Ademais, quanto a competência de Estados, Distrito Federal e Municípios traz aspecto no mínimo interessante. Estabelece que tais entes deverão observar a regulamentação expedida pelas Agências, quando exercer atividade delegada, nos termos do §4º do art. 19 do Projeto.

- CAMPOS, Francisco, *Direito Administrativo*, vol. , Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 5ª edição, refundida e aumentada. Coimbra: Almedina, 1991.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A atividade legislativa do poder Executivo*, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CRETELA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 1999. _____. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo: Editora Atlas, 1991.
- _____. *Direito Administrativo*, 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2001.
- DUTRA, Pedro. *Regulação na Forma da Lei*, p. 5-6. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e Consumo - IBRAC - Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. Vol. 5, n.º 10 São Paulo: 1998.
- _____. *Novos Órgãos Reguladores: Energia, Petróleo e Telecomunicações*, p. 37-50. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e Consumo - IBRAC - Doutrina, Jurisprudência e Legislação*.
- _____. *O Poder Regulamentar dos Órgãos Reguladores*, p. 239-256. In: *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 221, Rio de Janeiro: jul./set. 2000.
- FAGUNDES, Seabra. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, p. 195 e 196. In: *Revista de Direito Administrativo, Seleção Histórica: Matéria publicada em números antigos (de 1 a 150)*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1991.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo e TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. *Curso de Direito Administrativo*. Trad.: Arnaldo Setti, colab. Almudena Marín

- López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. 2ª ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1981.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e O Direito Pressuposto*, São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LUCIANO FERREIRA LEITE. *O Regulamento no Direito Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- LEÔNCIO JÚNIOR, Waldir. *A teoria da deslegalização como fundamento do poder normativo das agências reguladoras*. p. 34-44. In: *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, vol. 63, Brasília: maio-agosto 2000.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2000
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. p. 72-98. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 23ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho, 2ª tiragem, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. *Discrecionariiedade e Controle Jurisdicional*, 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1996.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*, 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão*. p. 130- 131 In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins

Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982 (Coleção Pensamento Político).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª edição atualizada e ampliada, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

_____. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição, 2001.

_____. *Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

ROCHA, Jaqueline Mainel. *Discricionariedade Técnica e Poder Normativo das Agências Reguladoras Brasileiras*, p. 137-215. In: FONSECA, Antonio (org.). *Limites Jurídicos da Regulação e Defesa da Concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, 1ª edição, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998.

SALOMÃO Filho, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Agências Reguladoras*. p. 124-162. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 216, Rio de Janeiro: abril/junho 1999.

_____. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*, 1ª edição, 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ e CÂMARA, Jacintho Arruda. *Controle dos Atos Administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência*, p. 23-38. In: *Interesse Público*, n.º 16, São Paulo: Notadez, 2002.

- _____ Introdução às agências reguladoras. p. 17-38. In: *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____ Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados, In *Revista de Direito Público*, vol. 79, julho-setembro 1986, ano XIX.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TÁCITO, Caio. Vinculação e Discricionariiedade Administrativa, p.125-130. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 205, julho-setembro 1996.
- _____ Novas Agências Administrativas, p. 33-44. In: *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, vol. 45, n.º 529, abril 1999.
- _____ As Agências Reguladoras da Administração. p. 1-5. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano 34, vol. 221, julho-setembro 2000.
- WALD, Arnoldo. O Direito das Privatizações, p. 25-38. In: *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, vol. 45, n.º 530, Maio 1999.
- XAVIER, Helena de Araújo Lopes, O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

O REGIME JURÍDICO DAS REDES DE TELECOMUNICAÇÃO E OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO

Gabriel Boavista Laender¹

Introdução – Conceito de telecomunicação – As redes de telecomunicação – Os serviços de telecomunicação – Regime jurídico das redes e dos serviços de telecomunicação – Conclusão – Bibliografia

1. Introdução

O século XX foi marcado por rápidas transformações da vida social, ditadas por uma evolução tecnológica sem precedentes e que impactou profundamente o cotidiano em suas mais diversas manifestações. O advento das telecomunicações, em especial, trouxe marcantes repercussões no dia-a-dia, e de tal sorte passou a integrar a vida social que a prestação de serviços de telecomunicações assumiu importância pública em diversos países do mundo.

Todavia, as próprias telecomunicações foram objeto de um intenso processo de renovação e atualização. O final do séc. XX e o início do séc. XXI, especificamente, presenciaram o surgimento e o declínio de tecnologias em um curtíssimo período. Um fenômeno, porém, se destaca: a digitalização das telecomunicações. Até então, prevaleciam nas telecomunicações métodos analógicos de transmissão da informação.

A esse respeito, cabem algumas considerações de cunho técnico, de sorte a que se distinga a tecnologia analógica da digital. A

¹ Advogado pós-graduado em “Regulação em Telecomunicações” pela UnB e Membro do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB – Getel/UnB.

transmissão analógica é feita mediante a reprodução no sinal das características básicas do fenômeno objeto da telecomunicação (BARRADAS e RIBEIRO, 1980, pp. 113-4). Isso significa, por exemplo, que um sinal telefônico reproduz as características da onda sonora produzida pelo interlocutor. O nome *analógico*, por si, revela o fundamento dessa técnica, uma vez que resulta da junção dos radicais gregos *ana* – que significa igual – e *logos* – conhecimento, técnica, ciência. O fundamento das técnicas analógicas reside, portanto, na analogia, isto é, no ponto de semelhança entre coisas diferentes.

A técnica digital, porém, é baseada não na semelhança, mas no uso de valores convencionais. Adotam-se, para tanto, alguns parâmetros básicos, que se distingam uns dos outros por variações discretas. A cada variação é atribuído, discricionariamente, um valor, ou dígito. O fenômeno objeto da telecomunicação é, então, codificado em dígitos, e é a esses dígitos que corresponderá o sinal que transporta a informação. Não há, portanto, correspondência necessária entre o sinal e o fenômeno original. Exemplo da aplicação da técnica digital, embora não nas telecomunicações, é a escrita, a que corresponderia a técnica analógica de representação iconográfica – os desenhos de alguns homens das cavernas, por exemplo. Nas próprias telecomunicações, a técnica digital não é nova, pois o telégrafo dela fazia uso. Nesse sentido, a digitalização das telecomunicações não corresponde ao advento da técnica digital, mas sim a sua aplicação universal nas telecomunicações. A respeito da substituição da técnica analógica pela digital, interessante a observação de Luiz Sérgio Coelho de Sampaio, na apresentação do livro de Ovídio Barradas e Marcello P. Ribeiro (1980):

De pronto, permita-nos uma pequena digressão conceitual, imprescindível para as considerações que mais adiante faremos: trata-se da oposição analógico versus digital. Nesta oposição esconde-se uma explicável, ainda que grave, confusão conceitual: analógico e digital são termos de diferentes espécies categoriais. Analógico, aplica-se a relação enquanto tal, nos diz do modo de relacionamento de duas coisas, em particular, de algo e seu representante ou sinal. Digital, ao contrário, refere-se à própria coisa ou ao próprio sinal: é a qualidade de ter um valor determinado entre um conjunto discreto e finito de

valores previamente fixados. No nível de generalidade em que estamos abordando o assunto, ao invés de “digital” vamos dar preferência ao uso do termo “discreto”, com a vantagem de assim também compreender as amostragens temporais de sinais, que nada mais são, que o resultado de discretização do sinal, na sua dimensão temporal.

Consertaríamos provisoriamente o erro de categoria, não substituindo digital por discreto, mas pela operação de discretização, caracterizando um modo de transformação de algo como contínuo em sua correspondente representação discreta. Aqui se importa então a questão: em que a discretização pode ser uma virtude? A resposta é que, em si, virtude alguma haveria; pelo contrário, arriscar-nos-íamos a uma perda evidente: uma perda na variedade de uma escala de qualidades ou repertório de discriminações possíveis. Então, por que fazê-lo?... É simples. Apenas um repertório discreto pode ser finito e o sendo, poderemos fazê-lo corresponder de forma exaustiva – ou equivalentemente extensiva – a um outro repertório, e o que é mais importante, poderíamos realizar tal correspondência de forma absolutamente arbitrária ou convencional. Se codificarmos um conjunto de estados ou coisas, com um repertório de sinais de forma arbitrária, e dermos prévio conhecimento desta convenção a um grupo de possíveis receptores, poderemos despistar ou mesmo “enganar” a todos os demais que desconheçam tal correspondência, em especial, podemos burlar, até certo ponto, à própria natureza, com sua presença às vezes ruidosa. Logo, a vantagem da digitalização, diríamos, discretização é menos por si do que pela posterior convencionalização que permite realizar [grifamos]. Assim, melhor entitularíamos nossa transformação revolucionária, como passagem “do analógico ao convencional” do que pela repetida expressão “do analógico ao digital”. É óbvio que poderemos continuar a usar a expressão corriqueira; importante porém, é que bem compreendamos o que se está realmente dizendo. (In: BARRADAS e RIBEIRO, 1980, p. V – mantida a grafia original)

A importância da digitalização, nesse sentido, reside na possibilidade de superação das limitações impostas pela necessidade de reprodução das características dos fenômenos objeto da telecomunicação. Ao mesmo tempo, possibilita realizar uma

transmissão mais apurada, de melhor qualidade, por se conseguir *esquivar da presença ruidosa da natureza*. Novamente, pode-se traçar um paralelo com a evolução da escrita. A representação iconográfica, por consistir em uma reprodução visual de características da informação, possuía sérias limitações para reproduzir idéias abstratas, por exemplo. A sua substituição por símbolos que não guardavam correspondência com a realidade – o alfabeto – possibilitou ampliar em muito o espectro de idéias passível de reprodução. Nas telecomunicações, a digitalização possibilitou a reprodução dos mais variados fenômenos por meios técnicos diversos. Quebrou-se a correspondência entre qualidade de informação transportada e meio utilizado.

Esse fenômeno tem importante repercussão para o Direito. Isso porque, historicamente, as telecomunicações foram – e continuam sendo – normatizadas em função dos meios. Tal fato decorre da própria natureza do conceito de telecomunicação, caracterizada justamente pelo emprego de determinados elementos técnicos. A regulação das telecomunicações estabeleceu suas bases tendo em vista uma realidade em que os meios estavam vinculados a determinados serviços, e em que sobre uma mesma infra-estrutura não era possível o estabelecimento de múltiplas redes de telecomunicações. Essa realidade, porém, se modificou. Com isso, surgiu a necessidade de uma completa reformulação das normas jurídicas que tinham por objeto as telecomunicações. No Brasil, como no resto do mundo, as mudanças normativas são ainda muito recentes, e pode-se dizer que o processo de reformulação das regras do setor continua em curso.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é esclarecer as repercussões jurídicas da diferenciação entre redes e serviços de telecomunicações. Para tanto, primeiramente, buscar-se-á individualizar a telecomunicação frente a outros meios de comunicação, bem como estabelecer o limite entre comunicação e telecomunicação. Em seguida, serão abordadas as redes de telecomunicações, suas características e peculiaridades, bem como as repercussões da digitalização das telecomunicações – nomeadamente sua desvinculação frente aos serviços e o fenômeno da convergência. Após, serão tratados os serviços de telecomunicações, em que se dará ênfase à importância do usuário para a definição dos serviços, bem

como ao tratamento legal de seu conceito. Finalmente, se fará uma análise geral do regime jurídico das redes de telecomunicação e da repercussão desse regime na prestação de serviços no Brasil.

2. Conceito de telecomunicação

O vocábulo *telecomunicação* foi cunhado na IV Conferência Radiotelegráfica Internacional, realizada conjuntamente com a V Conferência de Plenipotenciários da então União Telegráfica Internacional, ambas ocorridas em Madri no ano de 1932. Embora de existência jurídica distinta, ambas as conferências tinham por objetivo unificar os tratados existentes em matéria de telegrafia, telefonia e radiocomunicações. Em meio aos trabalhos, foi criada uma comissão mista com o objetivo de, entre outros problemas, dar um nome à nova organização internacional que congregaria essas três áreas – telegrafia, telefonia e radiocomunicação. Embora alguns tenham sugerido que todos esses termos compusessem o título da organização, optou-se, por sua brevidade, pelo uso do termo *telecomunicação*, cuja criação é atribuída ao francês Edouard Estaunié, então Diretor da Escola Superior de Correios e Telégrafos da França (cf. ASUNCIÓN TORRES LOPEZ, 1998, pp.66-7 e FERNÁNDEZ-SHAW, 1978, p.61).

Assim, em 9 de dezembro de 1932 foi assinado o tratado constitutivo da União Internacional de Telecomunicações – UIT, em que se conceituava **telecomunicação** como *toda comunicação telegráfica ou telefônica de signos, sinais, imagens, e sons de qualquer natureza por fio, radioeletricidade ou outro sistema ou procedimento de sinalização elétrica ou visual*². Essa definição se foi aperfeiçoando até alcançar a atual, que consta no item 1012 do anexo à Constituição da UIT³ e no art. 2º do

² “...toda comunicación telegráfica o telefónica de signos, señales, imágenes y sonidos de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad u otro sistema o procedimiento de señalización eléctrica o visual” (FERNÁNDES-SHAW, 1978, pp.26-7 – tradução livre).

³ O Tratado da UIT, conforme a atual redação, dada pela conferência plenipotenciária adicional de Genebra, realizada em 1992, e emendada na conferência plenipotenciária de Kyoto, realizada em 1994, constitui-se de duas partes. A primeira é chamada de Constituição (Constitution), e contém as disposições e princípios gerais aplicáveis no âmbito da UIT. A segunda é chamada Convenção (Convention), e contém disposições mais específicas.

Regulamento de Telecomunicações Internacionais, conforme deliberação da Conferência Administrativa Mundial Telegráfica e Telefônica realizada em Melbourne, em 1988 (TCHIKAYA, 1998, p.13). Segundo essa definição, telecomunicação é *qualquer transmissão, emissão ou recepção de símbolos, sinais, escritos, imagens e sons ou informações de qualquer natureza por sistemas de fio, rádio, meios ópticos ou outros meios eletromagnéticos de qualquer natureza*⁴.

No direito brasileiro, definição quase idêntica foi adotada pelo Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962), art. 4º, *caput*, que dispõe que *constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético*. Vê-se que, no CBT, a definição de *telecomunicações* do direito internacional é utilizada para se definir *serviço de telecomunicações*⁵. Isso se explica pelo fato de o CBT impropriamente utilizar esses termos como sinônimos⁶. Assim, quando o CBT define serviço de telecomunicações, está na verdade definindo telecomunicações.

A Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997) corrigiu a imprecisão terminológica do CBT, diferenciando telecomunicações e serviço de telecomunicações. O art. 60, § 1º, da LGT define telecomunicações como *a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou*

⁴ “Any transmission, emission or reception of signs, signals, writing, images and sounds or intelligence of any nature by wire, radio, optical or other electromagnetic systems” (tradução livre).

⁵ O conceito de serviço de telecomunicações será tratado adiante.

⁶ A sinonímia fica evidente quando se comparam os arts. 5º e 6º do CBT, a seguir transcritos: Art 5º Quanto ao seu âmbito, os serviços de telecomunicações se classificam em: (...) // Art 6º Quanto aos fins a que se destinam, as telecomunicações assim se classificam: (...). Há evidente paralelismo entre os artigos, não obstante um se refira a serviços e o outro às telecomunicações em si. Nesse sentido, é importante ressaltar que o CBT não faz nenhuma outra classificação quer de serviços, quer de telecomunicações. Sendo assim, não fossem os termos tratados como sinônimos, a redação dos artigos não faria sentido – o art. 5º deveria prescindir da expressão quanto ao seu âmbito, e o art. 6º, da expressão quanto ao fim a que se destinam. Uma vez que não é isso o que ocorre, a classificação do art. 5º complementa a do art. 6º, o que comprova serem os termos tratados como sinônimos pelo CBT.

informações de qualquer natureza. Definição que, portanto, praticamente reproduz a da Conferência de Melbourne.

Ao se analisar os conceitos de telecomunicação no direito internacional e no direito interno, percebe-se uma evolução no estabelecimento das características essenciais para a caracterização do que seja ou não telecomunicação. Segundo a definição da Conferência de Madri de 1934, a telecomunicação era vinculada ao telégrafo e ao telefone, meios de telecomunicação mais conhecidos àquela época – embora, conforme visto, sob a égide das telecomunicações se buscasse incluir também a radiocomunicação⁷. Com a difusão de novas tecnologias e o surgimento de outros serviços, houve a necessidade de reformulação daquele conceito, o que, ao final, resultou na atual definição – constante da Constituição da UIT e reproduzida na LGT – que não vincula a telecomunicação a determinado serviço.

Essa evolução conceitual retrata uma característica fundamental a pautar as telecomunicações hodiernas. De fato, a conceituação de telecomunicação não depende mais de um determinado meio ou de uma determinada forma de transmissão de informações, nem sua caracterização depende de determinado tipo de serviço. Embora, essencialmente, telecomunicação implique uso de determinados meios de transmissão de informações, esses meios não mais são o fator a delimitar o que seja ou não telecomunicação. Assim, se antigamente era considerada telecomunicação o transporte de informações mediante processos telefônicos ou telegráficos, hoje há telecomunicação quando esse transporte de informações ocorra por qualquer sistema ou processo técnico apto para tanto⁸.

⁷ De fato, junto com o surgimento da UIT, foram criados um Regulamento Telegráfico, um Regulamento Telefônico, um Regulamento de Radiocomunicações e um Regulamento Adicional de Radiocomunicações – este último dedicado à aplicação da telegrafia (o radiotelégrafo – primeira forma de radiocomunicação) e da telefonia às radiocomunicações (FERNÁNDEZ-SHAW, 1978, pp.63-4).

⁸ Necessário, nesse sentido, ressaltar que nem todos os processos de comunicação à distância são considerados telecomunicação. A comunicação postal, por exemplo, não se enquadra no conceito de telecomunicação aqui desenvolvido. Os motivos para tanto, bem como a caracterização dos meios pelos quais se realiza a telecomunicação, serão tratados adiante.

Conforme as definições já analisadas, três são as atividades envolvidas na telecomunicação: a emissão, a transmissão e a recepção. Cuidam-se, porém, das mesmas atividades que caracterizam qualquer forma de comunicação, seja ou não telecomunicação. Com efeito, quando conversamos pessoalmente, **emitimos** mensagens tanto por meio das palavras que pronunciamos, quanto por meio dos gestos e de nossa expressão corporal. As palavras são **transmitidas** por ondas sonoras, que se propagam no ar; os gestos e expressões corporais, por ondas eletromagnéticas – luz – que se propagam independentemente de um meio físico a lhes dar suporte. A pessoa com quem conversamos **recebe** as mensagens faladas pela captação das ondas sonoras e sua decodificação pela audição, e as mensagens corporais, pela captação das ondas eletromagnéticas e sua decodificação pela visão.

Da mesma forma, em uma conversa telefônica, o terminal telefônico transforma as ondas sonoras em impulsos e os **emite** para a rede telefônica, que, por sua vez, **transmite** esses impulsos até outro terminal telefônico. Este **recebe** os impulsos, os decodifica e transforma em ondas sonoras.

Ao se analisar os exemplos acima é possível perceber a particularidade das atividades de emissão, transmissão e recepção nas telecomunicações. Na conversa pessoal – exemplo do que se chama comunicação natural –, são os próprios interlocutores que emitem e recebem as informações, tanto voluntariamente (conversa), quanto involuntariamente (expressão corporal). A transmissão das informações é feita pelo próprio ambiente em que se encontram os interlocutores – o que requer, para a existência da comunicação, proximidade física entre emissor e receptor.

Na conversa telefônica, por outro lado, é o terminal telefônico que emite as informações, a rede telefônica que as transmite e outro terminal telefônico que as recebe. Aqueles que efetivamente realizam a comunicação – os interlocutores – não participam, portanto, das atividades de emissão, transmissão e recepção envolvidas na telecomunicação. Avulta, portanto, a importância da noção de telecomunicação como meio para a comunicação, pois, grosso modo, na telecomunicação pouco importa **quem se comunica**, mas importa **o quê possibilita a comunicação**.

Necessário, nesse ponto, esclarecer que a comunicação, mesmo quando por meio da telecomunicação, se realiza entre pessoas, enquanto a telecomunicação se realiza entre elementos técnicos. Retomando o exemplo da conversa telefônica, antes de o terminal telefônico emitir sinais para a rede telefônica, é necessário que o interlocutor emita as mensagens vocais que serão convertidas pelo terminal em impulsos. Da mesma forma, o terminal telefônico que receber os impulsos os converterá em ondas sonoras, que serão captadas pelo outro interlocutor. Somente após todo esse processo existirá comunicação. A telecomunicação, porém, somente compreende o processo que se iniciou no terminal telefônico de origem e se encerrou no terminal telefônico de destino. Isso porque basta que uma informação seja transmitida por determinados elementos técnicos para que exista telecomunicação, haja vista o conceito de telecomunicações adotado em nosso direito. A comunicação, todavia, pressupõe alteração na mente do receptor, de sorte que este absorva a informação transmitida e a incorpore em sua percepção da realidade - a mera recepção da informação não caracteriza comunicação⁹. Assim, quando uma pessoa liga para outra e deixa um recado na secretária eletrônica, ocorreu telecomunicação, mas não comunicação. A comunicação somente ocorrerá quando o destinatário acessar sua caixa de mensagens e ouvir a mensagem do emissor.

Todavia, é necessário ressaltar que não se houvesse realizado a comunicação, não haveria a telecomunicação, haja vista esta ser meio para aquela. Assim, quando se diz que às telecomunicações não importa quem se comunica, não se está prescindindo da existência de pessoas que realizem a comunicação. O que se diz é que essas pessoas não integram a telecomunicação em si, embora integrem a comunicação propiciada pela telecomunicação.

Sendo assim, emissão, transmissão e recepção nas telecomunicações englobam somente as atividades intermédias da comunicação, não se confundindo com esses mesmos conceitos para a comunicação. Em verdade, pode-se dizer que emissão, transmissão

⁹ De fato, a inter-relação entre pessoas é elemento essencial para a existência de comunicação, sendo por muitos apontada como elemento ontológico da comunicação (cf. DÍAZ BORDENAVE, 1982, pp.35-49; e LOPES, 1997, pp.25-8).

e recepção nas telecomunicações constituem, para a comunicação, somente transmissão. É o que se pode perceber no seguinte trecho de Marcos M. Fernando Pablo, professor titular de Direito Administrativo na Universidade de Salamanca, Espanha:

*Se agora se examina a definição legal de telecomunicação¹⁰ [...], se observa que ela resulta de uma **atividade** denominada transmissão, a dizer, transporte de sinais com ou sem armazenamento intermediário, devendo-se entender por sinal o fenômeno físico em que uma ou mais de suas características variam para representar informação (ou melhor, nos termos do Convênio de Bruxelas sobre Distribuição de Sinais Portadores de Programas transmitidos por satélite, de 1974, todo vetor produzido eletronicamente e apto a transportar programas). Na medida em que o sinal **representa informação**, sua transferência supõe¹¹ **comunicação**.*

*A atividade objeto do conceito legal compreende tanto a **transmissão** em si mesma (transporte) como a **emissão ou recepção** [...] de sinais. Se se entende por ação de emitir, a transmissão primária de um sinal, toda emissão que empregue os meios técnicos já aludidos está dentro do campo da LOT [Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones – a lei espanhola que define os princípios básicos para as telecomunicações], a não ser que resulte expressamente excluída.¹²*

O transporte de sinais que representam informação é, dessa forma, elemento característico das telecomunicações. Todavia, não é

¹⁰ A definição espanhola de telecomunicação é também fundamentada nos conceitos sedimentados em direito internacional, sendo, portanto, bastante semelhante à brasileira.

¹¹ Ressalte-se que, conforme visto (vide nota 8), a comunicação somente ocorre quando as informações são percebidas e assimiladas pelos interlocutores. Por isso, correta a opção do autor de apenas supor a ocorrência de comunicação.

¹² “Si ahora se examina la definición legal de telecomunicación [...], se observa que la misma resulta de una actividad denominada transmisión, es decir, transporte de señales con o sin almacenamiento intermedio, debiendo entender por señal el fenómeno físico en el que una o más de sus características varían para representar información (o bien, en los términos del Convenio de Bruselas sobre Distribución de Señales Portadoras de Programas transmitidos por satélite, de 1974, todo vector producido electrónicamente y apto para transportar programas). En la medida en que la señal representa información, su transferencia supone comunicación. La actividad objeto del concepto legal, comprende tanto la transmisión en sí misma (transporte) como la emisión o recepción [...] de señales. Si se entiende por la acción de emitir, la transmisión primaria de una señal, toda emisión que emplee los medios técnicos ya aludidos estará dentro del campo de la LOT, a no ser que resulte expresamente excluída.” (FERNANDO PABLO, 1998, pp.38-9 – tradução livre).

seu elemento de distinção. A telecomunicação surgiu como forma de vencer as limitações à comunicação impostas pela distância física entre os interlocutores. De fato, para que ocorra a comunicação natural, é imprescindível que os interlocutores estejam próximos o suficiente para que possam ouvir o que o outro diz ou ver o que o outro deixa transparecer em sua expressão corporal. A distância faz com que as informações emitidas por um interlocutor não possam ser recebidas pelo outro, o que inviabiliza a comunicação. Na medida em que essas informações possam ser transportadas entre um interlocutor e outro, a limitação imposta pela distância é superada, possibilitando a comunicação. Esse é o objetivo da telecomunicação, e é o que a caracteriza como meio para a comunicação. Há, todavia, pelo menos uma outra forma de comunicação com o mesmo escopo: a comunicação postal. No caso desta, a informação não se transporta por meio de sinais elétricos ou eletromagnéticos, mas sim de sinais escritos.

Sendo assim, não é a intermediação da comunicação em si que determinará a existência ou não de telecomunicação, mas sim a forma como se dá essa intermediação. Nesse sentido, a comunicação proporcionada pela telecomunicação tem como particularidade fundamental a quase reprodução das condições em que ocorre a comunicação natural. Nesta, a comunicação ocorre de forma **direta**, **instantânea** e **recíproca**. Direta porque sem a colaboração ativa ou passiva de terceiros; instantânea porque a recepção ocorre quase ao mesmo tempo em que a emissão; recíproca porque permite alternância entre os interlocutores das posições de emissor e receptor (cf. GONÇALVES, 1999, pp.10-3).

Na comunicação postal, a comunicação não é direta, uma vez que imprescindível a intermediação por um terceiro – o carteiro. Também não é instantânea, haja vista o intervalo entre a postagem e o recebimento. É, todavia, recíproca, pois quem recebe uma carta pode enviar outra em resposta. Não obstante, a comunicação postal possui características bastante diversas da comunicação natural.

A telecomunicação substitui a intervenção de terceiros pela de uma máquina, de um sistema capaz de automaticamente transportar a informação entre emissor e receptor. A automação do processo de

transporte de informações o torna impessoal. A interferência de pessoas, quando muito, ocorre para a operação do sistema, mas não no transporte em si das informações. Assim, na relação de comunicação estabelecida na telecomunicação, comparecem apenas emissor e receptor, o que permite que a comunicação ocorra de forma **direta** e a torna, nesse sentido, semelhante à comunicação natural.

Entretanto, poder-se-ia imaginar um serviço postal completamente informatizado, em que, desde o recolhimento das cartas até sua entrega, tudo fosse feito por máquinas e robôs. Se isso ocorrer, a comunicação postal deixará de ser indireta para ser direta, mas, até mesmo intuitivamente, pode-se perceber que mesmo nessa hipótese não será possível enquadrar a comunicação postal como forma de telecomunicação.

Nesse ponto, assoma a **instantaneidade** como principal fator a, por um lado, diferenciar a telecomunicação das outras formas de comunicação à distância e, por outro lado, a aproximá-la da comunicação natural. Essa a grande distinção, por exemplo, entre uma carta e uma mensagem entregue por correio eletrônico. De fato, a quase inexistência de intervalo entre emissão e recepção é privativa da comunicação natural e da telecomunicação, de modo que a presença ou não da instantaneidade é um bom indício para a qualificação da existência tanto de uma como da outra. Nesse sentido, os meios técnicos de que se vale a telecomunicação devem permitir a comunicação instantânea, sob pena de descaracterizar-se a telecomunicação.

A instantaneidade, porém, não se descaracteriza pelo armazenamento de informações para posterior entrega ao receptor – conforme atesta Marcos Fernando Pablo no trecho há pouco transcrito, a telecomunicação ocorre pela transferência de sinais com ou sem armazenamento intermediário. Nisso se diferencia da comunicação natural, em que não há essa possibilidade. Isso ocorre porque a instantaneidade nas telecomunicações diz respeito à transmissão das informações entre os meios técnicos, e não entre os interlocutores. Assim, por exemplo, ocorre telecomunicação na transferência de informações entre um computador pessoal e um servidor de *e-mail*, e entre este e o computador pessoal de quem é destinatário do correio

eletrônico. A comunicação, porém, somente ocorre quando o destinatário lê a mensagem de correio eletrônico.

Dessa forma, não é necessário que a comunicação seja concomitante à telecomunicação, de sorte que a instantaneidade da comunicação passa a ser uma **opção** à disposição tanto do emissor – que pode, por exemplo, agendar o envio de determinada mensagem ou enviá-la imediatamente –, como do receptor – que pode decidir a que horas abrirá sua caixa de correio eletrônico, ou se a deixará o tempo todo aberta para que receba imediatamente as suas mensagens. Isso porque, no caso do armazenamento intermediário de informações, a interrupção não decorre do processo de transmissão das informações, mas de uma comodidade oferecida pelo prestador de serviços, que armazena as informações para propiciar liberdade no acesso do usuário - que pode escolher quando quer ter esse acesso. Não fosse assim, por exemplo, não seria possível enviar um e-mail para um computador desconectado. Por outro lado, durante todo o processo, o transporte de informações sempre foi instantâneo - da origem para o armazenamento, do armazenamento para o destino. O armazenamento, ressalte-se, não é parte do processo de transporte, mas sim de um serviço que a ele se agrega. No exemplo dado, portanto, haveria telecomunicação duas vezes - por assim dizer-, mas somente uma comunicação. A segunda telecomunicação poderia muito bem ser substituída por um outro processo - por exemplo, a gravação dos dados transmitidos em um CD e o envio deste por correio para o destinatário. Nesse caso, a comunicação também ocorreria apenas uma vez, mas por dois meios distintos de comunicação à distância: a telecomunicação e a comunicação postal. É por esse motivo que a telecomunicação não pode ser considerada em função do processo de comunicação como um todo. A telecomunicação se faz presente somente enquanto houver transporte instantâneo de informações por determinados elementos técnicos. Nesse sentido, **a interrupção – isto é, o fim da instantaneidade – demarca o ponto final da telecomunicação.**¹³

¹³ A esse respeito, portanto, há divergência com o entendimento de Marcos Fernando Pablo. Para o autor espanhol, o armazenamento intermediário integra o processo de telecomunicação, conforme se interpreta de sua definição de telecomunicação. Assim,

A **reciprocidade**, por fim, embora seja possível na maior parte dos meios de telecomunicação, não constitui característica fundamental da telecomunicação – embora o seja na comunicação natural. Há o exemplo da radiodifusão¹⁴, que não pode ser ignorado – embora a tecnologia digital permita vislumbrar a possibilidade de que os atuais meios de radiodifusão permitam, em breve, comunicação bidirecional. Nas demais formas de comunicação, o avanço técnico das telecomunicações permitiu uma nova relação entre emissor e receptor mesmo em formas de comunicação bidirecionais. A telecomunicação de dados, por exemplo, com a internet, é veículo no mais das vezes difusor de informação. Ao se acessar uma página na *world wide web* – *www*, em regra não há a possibilidade de interação com o criador da página, o emissor das informações. Uma vez que a comunicação implica influência na mente e no comportamento do receptor pelo emissor (cf. LOPES, 1997, pp.26-7 e DÍAZ BORDENAVE, 1982, pp.36), o sentido da comunicação não se altera, salvo raras exceções, pois aquele que acessa a internet não influencia o criador da página visitada. Há, todavia, o que se chama de interatividade: o internauta pode escolher a informação que deseja acessar. Essa escolha

obviamente, a interrupção não demarcaria o final da telecomunicação. Todavia, ante a argumentação já aduzida, o armazenamento não é etapa necessária à telecomunicação, mas sim uma facilidade adicional – e independente – posta à disposição do usuário. Tanto é assim que, no momento em que ocorre o armazenamento, outro processo que não a telecomunicação pode ser utilizado para que se complete a comunicação.

¹⁴ Embora muitos doutrinadores entendam se cuidar de meio de comunicação diverso, ao se analisar a definição de telecomunicação adotada pela LGT, constata-se que a radiodifusão se subsume à definição legal. Não há, nessa definição, menção à reciprocidade como elemento característico da telecomunicação. É por esse motivo que o legislador, ao não querer que a LGT cuidasse da regulação dos serviços de radiodifusão, foi obrigado a expressamente excluí-los do âmbito de sua aplicação. Fosse a radiodifusão algo diverso da telecomunicação, a ressalva legal não faria sentido. Ademais, a tecnologia caminha no sentido de permitir à radiodifusão ser utilizada como suporte de comunicações bidirecionais. Ao mesmo tempo, com o advento da tecnologia digital multimídia, mais e mais formas tradicionais de telecomunicação bidirecionais estão sendo utilizadas para difusão de informações – exemplos mais corriqueiros são as mensagens de texto comerciais enviadas pelas operadoras de telefonia celular e os spams, a que se adicionam experiências recentes de transmissão de trechos de programas televisivos a aparelhos celulares. Esses fenômenos, conjugados, paulatinamente tornarão pouco útil a distinção entre radiodifusão e outras formas de telecomunicação (cf. BOTEIN, 1998, pp.1-10), . Cabe ainda lembrar que o termo telecomunicação surgiu para englobar também a radiocomunicação, incluída aí a radiodifusão (FERNÁNDEZ-SHAW, 1978, pp.62-3). Todavia, a disciplina desta, sob o ponto de vista da telecomunicação, se restringe aos meios técnicos, não englobando os aspectos da comunicação social.

implica envio de informações, porém, em termos de uma relação de comunicação, é mais próxima à escolha de um canal de televisão do que a uma conversa telefônica. Nesse sentido, quando presente a interatividade, pode-se dizer que não há reciprocidade do ponto de vista da comunicação, mas há reciprocidade do ponto de vista da telecomunicação – uma vez que o fluxo de transporte das informações é bidirecional.

Dessa forma, e consultando as definições no direito nacional e internacional, podemos entender **telecomunicação** como um **meio que proporciona comunicação direta mediante o uso de sistemas de elementos técnicos (máquinas) que possibilitem troca instantânea de informações**. Nesse sentido, uma vez que a mediatização da comunicação – valendo-se dos citados elementos técnicos – é o item mais relevante na delimitação do que seja ou não telecomunicação, ao regime jurídico das telecomunicações importará mais a regulação dos meios de transmissão da informação – fator determinante para as telecomunicações – do que a da informação propriamente dita. Sendo assim, cumpre agora analisar tanto os meios de transmissão da informação (as redes de telecomunicação), como a atividade econômica de oferecer esses meios (os serviços de telecomunicação).

3. As redes de telecomunicação

A telecomunicação, como visto, é caracterizada pela transmissão de informações por determinados elementos técnicos. Para que essa transmissão ocorra, porém, não basta a mera existência de elementos técnicos – é necessário que eles estejam organizados de sorte a propiciar a telecomunicação. É por esse motivo que a definição de telecomunicações presente na Constituição da UIT faz referência a **sistemas de fio, rádio, meios ópticos ou outros meios eletromagnéticos de qualquer natureza**. A esse respeito, Pedro Gonçalves, professor da Universidade de Coimbra, Portugal, ensina que:

Sabendo-se já que a telecomunicação se refere a uma *comunicação à distância*, isto é, a um meio ou sistema que permite a troca de informações (a constituição de relações comunicativas) entre pessoas

que, por não estarem fisicamente próximas, não estão em condições de comunicar apenas com o uso dos meios naturais que estão ao seu dispor, estamos em condições de compreender a importância de que se revestem os conceitos de rede ou de sistema para definir o conceito de telecomunicações.

As definições normativas reflectem muito justamente essa importância, caracterizando a telecomunicação como uma transmissão de informações através de certos meios, dando um especial relevo ao *suporte da transmissão de informação*.

[...]

A relevância conferida ao suporte ou meio de transmissão de informação para caracterizar a telecomunicação traz para o primeiro plano da análise (técnica, económica ou jurídica) a *rede de telecomunicações*, que, para já, podemos considerar um *sistema ou conjunto de meios técnicos (de natureza corpórea ou incorpórea) através dos quais é efectuado o transporte de mensagens ou de informações entre pontos determinados*. (1999, pp. 13-4 – mantida a grafia original)

De fato, diversos autores utilizam o termo **sistema de comunicação** em lugar de **rede de telecomunicação** (cf. NASCIMENTO, 1992, pp. XXIII-XXV), o que deixa clara a natureza sistêmica da última. O direito britânico utiliza, por sua vez, a noção mais específica de **sistema de telecomunicação** (cf. FERNANDO PABLO, 1998, p. 52). Este termo foi utilizado também no Brasil na Norma nº 13/97 (anexa à Portaria do Ministério das Comunicações nº 455, de 18 de setembro de 1997), que regulamentava os serviços limitados e definia sistema de telecomunicações como *conjunto de redes de telecomunicações e demais elementos organizados para a exploração de serviços de telecomunicações*. Autores brasileiros, embora em campos outros que não o Direito, também utilizaram esse termo (cf. BARRADAS e RIBEIRO, 1980, pp. 7-9, que definem sistema de telecomunicações como *sistemas de comunicação capazes de cobrir longas distâncias e que se baseiam em recursos de eletricidade e eletrônica*). Utilizaremos, todavia, o termo rede de telecomunicações, por ser o adotado pela LGT e posterior regulamentação.

No ordenamento jurídico brasileiro, é no Regulamento Geral de Interconexão – RGI (Anexo à Resolução da ANATEL nº 40, de 23 de julho de 1998) que encontramos uma definição de rede de telecomunicação: *conjunto operacional contínuo de circuitos e equipamentos, incluindo funções de transmissão, comutação, multiplexação ou quaisquer outras indispensáveis à operação de serviço de telecomunicações* (art. 3º, VII). Dessa definição extraem-se três características importantes das redes de telecomunicação. Em primeiro lugar, não se define rede de telecomunicação como um mero conjunto de equipamentos e circuitos, mas como o conjunto **operacional** desses. Em segundo lugar, não se fala nas características dos equipamentos e circuitos, mas em suas **funções** – o que significa que mais importa o ponto de vista finalístico (para que servem) que o ontológico (o que são) no que diz respeito aos elementos técnicos que propiciam telecomunicação. Finalmente, o exercício dessas funções é **indispensável à operação dos serviços de telecomunicação**.

A rede se constitui tanto de elementos materiais – os equipamentos e circuitos –, quanto de elementos imateriais – em que se incluem desde os programas e protocolos necessários à transmissão de informações até as servidões de passagem e, quando for o caso, o direito de uso de radiofrequência. Acerca das características dos elementos que compõem a rede, Tomás Vázquez Lépinette, professor titular da Universidade de Valência, Espanha, afirma:

As infra-estruturas de telecomunicação são predominantemente materiais, físicas (cabos, condutos, edifícios, repetidores), embora incluam também alguns componentes imateriais (direitos de uso do domínio público ou de frequências radioelétricas, servidões legais)¹⁵. **Sua característica principal é a vinculação permanente ao sistema de telecomunicação** [grifamos]. Formam parte do [ativo] imobilizado das empresas e, para a sociedade em seu conjunto, são “capital fixo”. **Outra característica significativa é que, por si mesmas, são inertes,**

¹⁵ Essa afirmativa deve ser interpretada do ponto de vista quantitativo, não qualitativo. O próprio autor, posteriormente, assinala que hodiernamente os custos da infra-estrutura de rede, em sua maior parte, são atribuíveis aos elementos imateriais, mais especificamente ao software, o que reflete a importância deste para as redes de telecomunicação modernas (cf. VÁZQUEZ LÉPINETTE, 1999, p. 93).

ou seja, a mera criação de infra-estrutura não ativa um sistema de telecomunicação [grifamos].¹⁶

Sendo assim, a organização desses elementos materiais e imateriais em um sistema capaz de realizar o transporte de informações é o que determina a existência de uma rede de telecomunicações. Nesse sentido, as funções desempenhadas pela rede são seu elemento característico. Entre essas funções se incluem a transmissão propriamente dita e as atividades intermediárias como comutação, multiplexação e quaisquer outras que garantam que a informação emitida de um lado seja recebida do outro, possibilitando a telecomunicação. A esse respeito, nos afirma Fernando Pablo:

O anexo da LOT, de 1987, definia a rede de telecomunicações como o conjunto de canais, circuitos e, em seu caso, dispositivos de comutação que **proporcionam conexões** entre dois ou mais pontos definidos para facilitar a telecomunicação entre eles. Desta noção resulta que a prestação que uma rede oferece é uma **conexão** por meios de telecomunicação, a dizer, fio, radioeletricidade ou meios ópticos ou outros sistemas de comunicação.

Uma noção um tanto mais elaborada se detém na **finalidade** de tal conexão: a transmissão, assinalando que constitui rede de telecomunicação toda instalação que **assegura a transmissão** de sinais de telecomunicação representativos de uma informação, assim como o envio de sinais de comando e gestão associados àquele sinal...¹⁷

¹⁶ “Las infraestructuras de telecomunicación son predominantemente materiales, físicas (cables, conducciones, edificios, repetidores), aunque incluyen también algunos componentes inmateriales (derechos de uso del dominio público o frecuencias radioeléctricas, servidumbres legales). La característica principal de las mismas es su vinculación permanente al sistema de telecomunicación. Forman parte del inmovilizado de las empresas y para la sociedad en su conjunto, son <<capital fijo>>. Otra característica significativa es que, por sí mismas, son inertes, es decir, la mera creación de infraestructura no activa un sistema de telecomunicación.” (VÁZQUEZ LÉPINETTE, 1999, pp. 92-3 – tradução livre).

¹⁷ “El anexo de la LOT de 1987 definía la red de telecomunicaciones como conjunto de canales, circuitos y, en su caso, dispositivos de conmutación que proporcionan conexiones entre dos o más puntos definidos para facilitar la telecomunicación entre ellos. De esta noción resulta que la prestación que ofrece una red es una conexión por medios de telecomunicación, es decir, hilo, radioelectricidad o medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos. Una noción algo más elaborada se detiene en la finalidad de tal conexión: la transmisión, señalando que constituye red de telecomunicación toda instalación que asegura la transmisión de señales de telecomunicación representativas de una información, así como el envío de señales

Sendo assim, sobre os mesmos elementos técnicos é possível a coexistência de várias redes de telecomunicação, desde que configurados sistemas distintos, pautados por fluxos de informações diversos por terem a finalidade de assegurar transmissões de natureza diferente entre si. Se não houver uma ponte entre esses sistemas, uma conexão lógica que permita a troca de informações entre um e outro, mesmo que elementos técnicos sejam compartilhados, o usuário de uma rede não será capaz de se comunicar com o usuário de outra rede. Por esse motivo, não se confunde a rede de telecomunicações com os elementos técnicos que lhe dão suporte.

Por outro lado, nem sempre a telecomunicação se valerá de uma rede de telecomunicação. Quando Graham Bell, em 10 de março de 1876, transmitiu a seu ajudante, Thomas Watson, a primeira mensagem completa por um telefone, não se utilizou de uma rede de telecomunicações. Apenas um fio separava o aparelho telefônico de Bell – que se encontrava no último andar de uma hospedaria em Boston, EUA – do de Watson, que estava no térreo da mesma hospedaria. O mesmo ocorre quando utilizamos um interfone de uma casa, um *walkie-talkie* de brinquedo, enfim, qualquer meio de telecomunicação feito para proporcionar comunicação entre apenas dois terminais. A rede de telecomunicações é necessária, porém, quando se quer ter a possibilidade de alcançar três ou mais terminais. É por esse motivo que a definição do RGI faz referência a funções de comutação, multiplexação e outras, que só fazem sentido quando os meios técnicos são divididos por múltiplos usuários. Uma vez que o **serviço de telecomunicação** se destina a uma pluralidade de indivíduos, a rede será essencial à sua operação. Não o será, entretanto, para que exista **telecomunicação**.

De forma geral, distinguem-se dois tipos de rede de telecomunicação: as redes de acesso e as redes de transporte, que, por sua vez, podem se subdividir em várias outras. Rede de acesso consiste

de mando y gestión asocia a aquella señal...” (FERNANDO PABLO, 1998, p. 51 – tradução livre)¹⁸ No presente trabalho, o uso da expressão cabos engloba tanto fios de cobre como fibras ópticas, cabos coaxiais e quaisquer outras estruturas semelhantes, sendo que se usa a expressão rede de acesso local por cabos como equivalente às expressões em inglês *wired local access network* (ou simplesmente *local access network*), e a expressão rede de acesso local por radiofrequência como equivalente à expressão inglesa *wireless access network*.

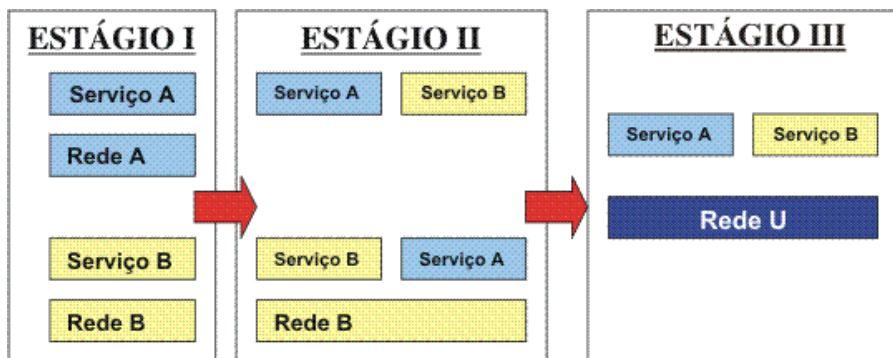
naquela que efetivamente alcança o usuário do serviço de telecomunicações. Pode ser fundada em infra-estruturas que se valham de cabos ou de radiofrequência¹⁸. Rede de transporte é a que conecta redes de acesso. A rede de transporte possui economias de escala e de escopo maiores que as das redes de acesso, pois sua infra-estrutura abrange um número infinitamente maior de tráfego e, embora o custo de sua implantação seja alto, o provimento de ligações adicionais é pouco oneroso. Além disso, a rede de transporte possui maior flexibilidade quanto aos locais em que tem de ser implantada, bem como com relação às restrições urbanísticas para a instalação de postes e cabos. As redes de acesso, por se dirigirem ao usuário final, possuem grande parte de sua infra-estrutura ocupada por um número menor de acessos, o que resulta em tráfego mais reduzido. A sua implantação também dispõe de muito menor flexibilidade quanto à disposição da infra-estrutura, haja vista a rede necessariamente ter que alcançar pontos determinados: os locais em que se encontram os usuários. Adicionalmente, as redes de acesso se submetem a restrições urbanísticas mais rigorosas, pois se encontram, no mais das vezes, em áreas urbanas.

Assim como sobre uma determinada infra-estrutura podem existir diversas redes, hodiernamente uma mesma rede pode servir de suporte a vários tipos de serviços de telecomunicações. Esse é o fenômeno da chamada **convergência**. Sobre o assunto, é esclarecedora a explanação de Dílio Penedo e José Roberto de Souza Pinto:

A digitalização das telecomunicações está na origem de todo o processo de convergência. A partir do momento em que todo tipo de informação (voz, dados e vídeo) pode ser codificado da mesma maneira (como uma seqüência de bits), torna-se até mesmo desnecessário vincular redes específicas a serviços específicos.

¹⁹ “El dato que delimita física y conceptualmente a la red de telecomunicaciones, es en el derecho continental la idea de <<punto de terminación de red>> definida tanto por el derecho comunitario (art. 2-5 de la Directiva red abierta - 90/387/CEE—) como por el derecho español como aquel conjunto de conexiones físicas (la Ley española añade, por lo que después se verá, y radioeléctricas) y sus especificaciones técnicas de acceso que forman parte de la red pública y son necesarias para tener acceso a la red y los servicios que la utilizan como soporte. El punto de terminación es aquel [...] en que finalizan las obligaciones del operador de redes y servicios, y al que se conectan terminales de telecomunicación.” (FERNANDO PABLO, 1998, p. 53 – tradução livre).

A idéia de convergência é de um processo dinâmico, ainda não concluído. Com a Figura 1 procuramos ilustrar o que está acontecendo.



Num primeiro momento (Estágio I), redes e serviços estão necessariamente vinculados – a cada serviço corresponde uma rede específica.

Num segundo momento (Estágio II), por força do processo de digitalização, os serviços antes vinculados a uma rede determinada passam a ser suportados também por outros tipos de rede, embora não necessariamente com a mesma qualidade da plataforma original. Os serviços migram ou “convergem” para outras plataformas. Este contexto é o que vivemos atualmente, em que se percebe a oferta de serviços de telefonia e de acesso à Internet por empresas de TV a cabo, por exemplo. As inovações tecnológicas mais recentes propiciam, hoje, a convergência dos mais diversos serviços: televisão digital, acesso à Internet, videoconferência, telefonia fixa e celular, transmissão de dados.

Finalmente, num terceiro estágio, superadas as limitações impostas pela existência de redes e equipamentos legados, pelos fatores de mercado, pelos aspectos financeiros e econômicos, as diferentes redes irão convergir para a plataforma única. (2000, pp. 188 – 9)

Os limites da rede de telecomunicação, do ponto de vista jurídico, se estabelecem em função dos chamados pontos de terminação de

rede. Sobre a importância dessa noção, Marcos Fernando Pablo assevera:

*O dado que delimita física e conceitualmente a **rede de telecomunicações** é, no direito continental, a idéia de “ponto de terminação de rede”, definida, tanto pelo direito comunitário (arts. 2-5 da Diretiva rede aberta – 90/387/CEE) como pelo direito espanhol, como aquele conjunto de conexões físicas (a Lei espanhola adiciona, pelo que depois se verá, e **radioelétricas**) e suas especificações técnicas de acesso que formam parte da rede pública e são necessárias para ter acesso à rede e aos serviços que a utilizam como suporte. **O ponto de terminação éaquele [...]em que terminam as obrigações do operador de redes e serviços, e a que se conectam terminais de telecomunicação [grifamos].**¹⁹*

No direito brasileiro, não há, ainda, uma definição universal de ponto de terminação de rede. Entretanto, a regulamentação aplicável ao Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC disciplina o assunto, ainda que de forma específica ao STFC. O Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado – RSTFC (anexo à Resolução da ANATEL nº 85, de 30 de dezembro de 1998) define ponto de terminação de rede como *ponto de conexão física da Rede Externa²⁰ com a Rede Interna do Assinante²¹, que permite o acesso individualizado ao STFC* (art. 3º, XII). Nesse sentido, diferentemente do direito comunitário europeu e do direito espanhol, não é necessário que ao ponto de terminação de rede se conecte o terminal – admite-se a conexão de outra rede, a do assinante. A importância do ponto de terminação de rede para o direito brasileiro, não obstante, é bastante semelhante à do direito alienígena, haja vista em ambos os casos ser o ponto de terminação o divisor de águas entre responsabilidade da prestadora e responsabilidade do

²⁰ A Rede Externa, nos termos do RSTFC, é o segmento da Rede de Telecomunicações suporte do STFC, que se estende do PTR [ponto de terminação de rede], inclusive, ao Distribuidor Geral de uma Estação Telefônica (art. 3º, XVII). Uma vez que o ponto de terminação de rede integra a rede da prestadora, a esta é que compete a sua instalação. Segundo o RSTFC, o ponto de terminação de rede deve ser instalado na zona lindeira do imóvel do assinante (art. 11, VII), embora também seja admitida sua instalação do interior do imóvel (art. 46).

²¹ O RSTFC define Rede Interna do Assinante como o segmento da Rede de Telecomunicações suporte do STFC, que se inicia nas dependências do imóvel indicado pelo Assinante, para a disponibilidade do STFC, e se estende até o PTR, exclusive.

assinante. Nesse sentido, cabe citar o disposto nos arts. 45 e 47 do RSTFC:

Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado

Art. 45. O Assinante é responsável pela instalação e pelo funcionamento adequado da Rede Interna, de acordo com os princípios de engenharia, as normas técnicas vigentes, assim como, com as orientações e especificações técnicas que constarem do contrato de prestação do serviço firmado com a Prestadora.

[...]

Art. 47. A Prestadora pode interromper a prestação do serviço, diante da possibilidade das instalações do Assinante causarem danos à Rede Externa ou à segurança física de qualquer pessoa.

Assim sendo, o assinante é o responsável por sua rede, e o limite dessa responsabilidade é dado pelo ponto de terminação de rede, o mesmo ocorrendo com relação à prestadora. Isso porque o ponto de terminação de rede delimita também a propriedade sobre as redes.

Dada a importância desse conceito, é de se lamentar que somente o RSTFC a ele faça menção. O Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia – RSCM (anexo à Resolução da ANATEL nº 272, de 9 de agosto de 2001), não fala em ponto de terminação de rede, mas em terminação de rede, a que define como *ponto de acesso individualizado de uma dada rede de telecomunicações* (art. 4º, XII). Os demais regulamentos não fazem menção nem a terminação de rede, nem a ponto de terminação de rede.

Não obstante o RSCM defina terminação de rede, não há nenhum dispositivo que utilize esse termo – há apenas a conceituação. Ausente maior disciplina jurídica, resta a definição em si, que possui o defeito de ser muito vaga e generalista. De fato, tanto o acesso à rede do usuário de SCM quanto o acesso à rede da prestadora de SCM se incluem nessa definição. Ademais, não pode ser considerada sinônima de ponto de terminação de rede, haja vista não admitir a hipótese de

interligação entre duas redes – a do usuário e a da prestadora -, pois exige que o acesso seja individualizado. Sendo assim, mister se faz, por analogia, aplicar a todos os serviços as disposições pertinentes ao ponto de terminação de rede no STFC²².

Outro dado a delimitar as redes de telecomunicação é o ponto de interconexão. O RGI define ponto de interconexão como *elemento de rede empregado como ponto de entrada ou saída para o tráfego a ser cursado na interconexão com outra rede, constituindo o ponto de referência para definição dos deveres e obrigações de cada uma das partes envolvidas no contrato de interconexão* (art. 3º, IX – grifamos). Uma vez que a interconexão ocorre entre redes distintas²³, o ponto de conexão entre essas redes será o fator a delimitar uma e outra.

4. Os serviços de telecomunicação

Como visto, podemos por um lado distinguir uma relação de comunicação – que se estabelece entre as pessoas que buscam se comunicar (os interlocutores) –, e, por outro lado, uma relação de telecomunicação – que se estabelece entre o meio técnico que transmite e o que recebe a informação. Todavia, na maior parte das vezes os interlocutores não terão acesso, por si mesmos, a uma rede de telecomunicação. Nessas hipóteses, o acesso à rede de telecomunicações constitui um terceiro tipo de relação, estabelecida entre aquele que oferta o uso da rede de telecomunicações e aqueles que efetivamente a utilizam com o fim de se comunicar.

Segundo Marco Aurélio Greco (2000, p. 123), há dois critérios para a definição de serviço: o da atividade realizada e o da utilidade produzida. O primeiro critério é o adotado pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), uma

²² Em verdade, conforme se verá adiante, a distinção entre rede e serviço aconselha que as disposições pertinentes à primeira sejam universais, ainda que o segundo tenha regime específico. Isso porque, hodiernamente, a rede comporta uma pluralidade de serviços, e não pode ter seu regime jurídico a esses vinculado.

²³ O conceito de interconexão e sua diferenciação de institutos afins como o unbundling e o compartilhamento de meios serão tratados adiante.

vez que esse define serviço como *qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista* (art. 3º, § 2º). A definição se contrapõe à de produto: *qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial* (art. 3º, § 1º). A norma fala, ainda, que uma atividade, para ser considerada serviço, deve ocorrer mediante remuneração. Essa restrição se afigura inadequada para o setor de telecomunicações, embora seja coerente na disciplina de relações de consumo. De fato, há nas telecomunicações vários exemplos de atividades oferecidas ao público que não são remuneradas – ao menos diretamente. É o caso da radiodifusão e do provimento de acesso gratuito à Internet, por exemplo. Nesse sentido, para as telecomunicações, melhor se dizer atividades com cunho econômico – no sentido de que possuem valor argenteiro.

Esse também é o critério adotado pela LGT, uma vez que seu art. 60 define **serviço de telecomunicações** como o *conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação*. Uma vez que a telecomunicação ocorre por meio da rede de telecomunicação, ofertar telecomunicação significa prover acesso a uma rede. A esse respeito, Pedro Gonçalves expõe que:

Importante nesse contexto compreender que o serviço prestado consiste em colocar ao dispor do interessado o acesso à rede de telecomunicações (*ligação à rede*), garantindo-lhe o uso efectivo dela – se não fosse evidente, teria interesse afirmar que a rede de telecomunicações faz por si só o transporte de informação. **Em sentido rigoroso, o serviço de telecomunicações prestado pelo operador não tem por objecto o transporte de informações mas o acesso a um sistema que, por si só, efectua esse transporte.** (1999, p. 15 - grifamos)

Nesse sentido, o *conjunto de atividades* a que se refere a lei deve ser entendido como aquele necessário ao estabelecimento de uma rede de telecomunicação. Todavia, a redação da LGT dá a entender que é o **estabelecimento** de uma rede o que constitui o serviço de telecomunicação (o que *possibilita a oferta*), e não o provimento de **acesso** à rede (a oferta em si de telecomunicação). O serviço de telecomunicação, entretanto, pode ser prestado tanto a alguém que

queira oferecer o uso da rede de telecomunicações a outrem, quanto a quem tem a necessidade imediata de se comunicar. Este caso, inclusive, é o mais comum e também o que possui maior relevância social. Pedro Gonçalves, no mesmo sentido, afirma:

Ao chamar-se a atenção para a necessidade de conceber as telecomunicações como um serviço, pretende essencialmente dar-se nota de que o estudo de um *direito das telecomunicações* não pode deixar de conferir o devido relevo à **relação jurídica que se estabelece entre o prestador do serviço (operador de telecomunicações) e o utilizador das telecomunicações**. (1999, p. 15 - grifamos)

A corroborar o exposto está o fato de a LGT basear o regime jurídico dos serviços de telecomunicação em uma relação tripolar, formada por **Poder Público, prestadores de serviço e usuários**, em que a estes se atribuem direitos muitas vezes compatíveis somente com o uso da rede com o fim imediato de comunicação. A lei fala, por exemplo, no direito do usuário à *inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação* (art. 3º, V), ou no direito de *peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor*²⁴ (art. 3º, XI). Dessa forma, o mero estabelecimento de uma rede não significa prestar serviço de telecomunicação. Por esta razão, serviço de telecomunicação pode ser melhor definido como a **atividade econômica de prover acesso a uma rede de telecomunicação**. O acesso à rede engloba tanto a necessidade imediata de comunicação como a de estabelecer uma outra rede.

O fato de o ordenamento jurídico brasileiro confundir serviço de telecomunicações com o estabelecimento de redes tem origem na histórica imiscuidade entre o serviço e a rede que lhe dá suporte. De fato, antes da digitalização das telecomunicações, o serviço prestado era dependente da rede que lhe dava suporte. Uma rede de telegrafia não servia para transmissão de imagens; uma rede de transporte de dados não se prestava ao transporte de sons. A esse respeito, interessante a lição de Julio F. Ferreira:

²⁴ Como se sabe, para os fins de nosso ordenamento jurídico, consumidor de um serviço é aquele que o utiliza como destinatário final (art. 2º do CDC).

Tradicionalmente, as redes públicas de telecomunicações foram se desenvolvendo em função dos serviços que apareciam. Dessa forma, criaram-se redes distintas para serviços diferentes, dentre os quais telegráficos, telefônicos, transmissão de dados, telefonia móvel e difusão de TV e rádio.

A revolução tecnológica, iniciada na década de 80, por um lado no campo da informática, com a popularização dos computadores, e por outro na digitalização dos sinais, provocou o rápido aparecimento de dois fatos [sic] que iriam imprimir uma mudança significativa à transmissão da informação – a transmissão de dados e a Internet.

Diante desses fatos, tanto a indústria quanto as operadoras de serviços de telecomunicações começaram a concentrar esforços na nova tecnologia da digitalização. Mas pensavam sempre no serviço telefônico, basicamente, e não em outros, como o de transmissão de dados que, de fato, surgira como redes independentes. (2000, p. 169)

Esse fato repercutiu não só na indústria e nas operadoras, mas também no Estado. Em especial, não se vislumbrou a decorrente desvinculação dos serviços das redes que lhes dão suporte. Esse fenômeno é tratado por Julio Ferreira como o surgimento do que chama *rede emergente*.

O fenômeno Internet foi e continua sendo de tal magnitude que revolucionou tanto a indústria de fornecedores como as operadoras de redes públicas. Assim, para obter o know-how necessário, inúmeras aquisições foram feitas entre a indústria dos fornecedores de redes de telecomunicações tradicionais e de redes de dados – e vice-versa.

Tanto os fornecedores como as operadoras de redes públicas concentram seus esforços no desenvolvimento de uma **rede pública de serviços de alta qualidade e baixo custo, capaz de integrar todos os serviços existentes e aqueles que venham a ser desenvolvidos no futuro** [grifamos].

Essa rede, denominada de Rede Emergente, está baseada no desenvolvimento do conceito da rede Internet (datagramas), em que os terminais dos clientes terão alto rendimento. **A rede irá proporcionar exclusivamente o transporte de informação, sem fazer qualquer distinção quanto a [sic] transmitida ou o tipo de serviço ao qual acessa**

o usuário [grifamos], enquanto que os provedores de serviço, conectados com a rede, estarão encarregados de proporcionar os serviços. **Portanto, existem três aspectos que deverão ser considerados nessa nova rede: o acesso, o transporte e os serviços propriamente ditos** [grifamos]. (2000, p. 182 - grifamos)

Quando o autor se refere ao acesso, trata do que a LGT cuida sob a insígnia de serviços de telecomunicações. O transporte, por sua vez, diz respeito à rede de telecomunicações – lembre-se que a rede é um sistema que automaticamente efetua o transporte de informações. Os serviços, finalmente, são o que a LGT chama **serviço de valor adicionado**, definido como *a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações* (art. 61). Exemplos de serviços de valor adicionado são o provimento de conteúdo por páginas da internet, as atividades de *call-center* e ainda os serviços de comércio eletrônico, entre outros.

A distinção entre serviço de valor adicionado e serviço de telecomunicações nem sempre é clara, e sua aplicação prática tem gerado alguma controvérsia. Nesse ponto, a distinção torna-se mais evidente na medida em que se adote uma interpretação mais restritiva do que seja serviço de telecomunicações. Apenas a oferta de acesso a uma rede de telecomunicações deve ser considerada serviço de telecomunicações. Outras utilidades, como o provimento de conteúdo, facilidade de comércio eletrônico, entre outros, devem ser consideradas serviço de valor adicionado.

Essa interpretação traz interessante repercussão na análise dos serviços de comunicação de massa, em que o acesso à rede tem por objeto justamente o provimento de serviços de conteúdo. Estes seriam serviços de valor adicionado, uma vez que não dizem respeito ao acesso a uma rede. Para melhor compreender essa situação, esclarecedora é a analogia com a telefonia. O provimento de conteúdo está para os serviços de comunicação de massa assim como a conversa está para a telefonia. Da mesma forma que nada adianta ter acesso a uma rede de televisão à cabo sem ter acesso ao conteúdo dos canais,

nada adianta ter acesso a uma rede de telefonia sem ter alguém para conversar. Reportamo-nos, nesse sentido, à noção de que a telecomunicação supõe uma relação de comunicação que lhe dê suporte. No caso dos serviços de comunicação de massa, essa relação de comunicação se estabelece no mais das vezes com o provimento de serviços de valor adicionado – provimento de conteúdo. Esse fato, porém, pode mudar, uma vez que a tecnologia tem caminhado no sentido de possibilitar formas bidirecionais de uso das redes dos serviços de comunicação de massa, cujo maior exemplo é o provimento de acesso à internet por meio das redes de televisão à cabo.

A distinção entre serviços de valor adicionado e serviços de telecomunicações, entretanto, é ainda mais problemática no caso do provimento de acesso à internet. Segundo os critérios aqui utilizados, o provimento de acesso à internet, por se configurar em oferta de acesso a uma rede telecomunicação, seria considerado serviço de telecomunicações. Todavia, a Norma 004/95 – Uso de meios da rede pública de telecomunicações para acesso à Internet (anexo à Portaria do Ministério das Comunicações nº 148, de 31 de maio de 1995) expressamente enquadra o serviço de conexão à internet como serviço de valor adicionado. Nesse ponto, porém, cabe ressaltar que a opção ínsita na Norma 004/95 foi a de possibilitar a competição em um ambiente normativo em que os serviços de telecomunicação eram monopólio do Estado²⁵. Dessa forma, por um lado, pode-se considerar que a classificação feita pela Norma 004/95 não se adapta ao sistema estabelecido pela LGT, motivo pelo qual deve, nesse ponto, ser considerada como inválida por superveniente ilegalidade. Por outro lado, pode-se interpretar que a internet está sujeita a um regime especial com relação aos demais serviços de telecomunicação,

²⁵ A esse respeito, consultar a nota conjunta emitida em junho de 1995 pelo Ministério das Comunicações e pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, em que é explicitada a intenção de atribuir à iniciativa privada a implantação e expansão do serviço de conexão à internet no país (disponível via WWW na URL: <http://www.cg.org.br/regulamentacao/notas.htm>). Também deve ser consultado o texto da consulta pública nº 372 (disponível via WWW na URL: <http://sistemas.anatel.gov.br/sacp>), promovida pela Anatel em 2002, que também faz menção à intenção de se evitar as limitações decorrentes do regime de monopólio estatal das telecomunicações em vigor à época da edição da Norma 004/95.

prevalecendo, portanto, o entendimento de que se cuida de um serviço de valor adicionado. A respeito do assunto, vale lembrar que não há ainda jurisprudência consolidada. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, de forma unânime, já se pronunciou no sentido de que o serviço de conexão à internet não é, nos termos da LGT, serviço de valor adicionado²⁶. Todavia, a Segunda Turma do mesmo tribunal, em julgamento mais recente, se pronunciou no sentido de que o serviço de conexão à internet é serviço de valor adicionado²⁷.

Retornando à relação entre rede e serviços, do trecho de Julio Ferreira é importante ainda destacar que a rede emergente, por não distinguir o tipo de informação transmitida, é capaz de indistintamente prestar qualquer forma de serviço. De fato, uma vez que todos os tipos de informação são convertidos em sinais digitais, a qualidade da informação transmitida passa a ser uma só, não obstante findo o processo de telecomunicação possa se converter em qualidades distintas – voz, dados, imagens, etc. Cuida-se, conforme visto, do fenômeno da convergência. É importante destacar, porém, que no atual estágio das telecomunicações ainda há que se observar as limitações técnicas de determinada rede para a prestação deste ou daquele serviço, não obstante, em muitos casos, essas limitações já terem sido superadas.

Em nosso direito positivo, a LGT confere à Anatel a discricionariedade de definir o que seja ou não serviço de telecomunicações, o que possibilita eventuais mudanças sem a necessidade de alterar o quadro legal. Para tanto, a lei enumera alguns aspectos que podem se considerados na definição do que seja um serviço de telecomunicações. Nesse ponto, refletindo o estágio das telecomunicações da época de sua edição, a LGT dá relevo à forma de telecomunicação como fundamento da distinção entre serviços:

²⁶ Recurso Especial nº 323.358 – PR, relator o Ministro José Delgado, julgado em 21 de junho de 2001, acórdão publicado em 3 de setembro do mesmo ano.

²⁷ Recurso Especial nº 456.650 – PR, relatora a Ministra Eliana Calmon, julgado em 24 de junho de 2003, acórdão publicado em 8 de setembro do mesmo ano.

Lei Geral das Telecomunicações.

Art. 69. As modalidades de serviço serão definidas pela Agência em função de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada ou outros atributos.

Parágrafo único. Forma de telecomunicação é o modo específico de transmitir informação, decorrente de características particulares de transdução, de transmissão, de apresentação, de apresentação da informação ou de combinação destas, considerando-se formas de telecomunicação, entre outras, a telefonia, a telegrafia, a comunicação de dados e a transmissão de imagens.

Por outro lado, não obstante confira destaque à forma de telecomunicação como fundamento da distinção entre serviços, não estabelece esse critério como mandatório. Nesse ponto, a agência, por meio do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações – RST (anexo à Resolução nº 73, de 25 de novembro de 1998), exerceu opção mais adequada do que a antevista pela lei, estabelecendo o benefício conferido ao usuário como a linha divisora entre os serviços:

Regulamento dos Serviços de Telecomunicações

Art. 22. Os serviços de telecomunicações serão definidos em vista da finalidade para o usuário, independentemente da tecnologia empregada e poderão ser prestados através de diversas modalidades definidas nos termos do art. 69 da Lei nº 9.472, de 1997.

§ 1º A escolha de atributos para definição das modalidades do serviço será feita levando-se em conta sua relevância para efeitos regulatórios.

§ 2º As recomendações dos organismos internacionais relativas à definição de atributos deverão ser observadas sempre que forem compatíveis com o disposto no parágrafo anterior.

A Anatel, nesse ponto, elegeu o ponto de vista da utilidade produzida como elemento característico do serviço de telecomunicações – em oposição ao critério da atividade realizada.

Resta, portanto, esclarecer qual critério deve prevalecer, uma vez que o critério da atividade é o adotado pela LGT. Em verdade, cuida-se de um conflito apenas aparente, que se dissolve ante uma análise mais percuciente. Isso porque o critério da atividade é adotado como pressuposto ontológico, enquanto o critério da utilidade é adotado como pressuposto qualitativo. Desse modo, para se saber se algo é ou não serviço de telecomunicações, prevalece o critério da atividade: será serviço de telecomunicações a atividade de se ofertar o acesso a uma rede de telecomunicações. E para se saber que forma de serviço de telecomunicações está a se cuidar, usa-se o critério da utilidade: será o mesmo serviço aquilo que oferecer a mesma utilidade.

No que concerne à diferenciação qualitativa entre os serviços de telecomunicações, distinguem-se, na forma do RST, os **atributos**, as **modalidades** e os próprios **serviços de telecomunicação**²⁸. Estes são definidos por sua finalidade para o usuário, e podem ser prestados em diversas modalidades. As modalidades seguem o disposto no art. 69 da LGT, ou seja, são definidas por determinados atributos, entre os quais se inclui a forma de telecomunicação. Esses atributos, por sua vez, serão escolhidos de acordo com a *relevância para efeitos regulatórios*, podendo ser observadas as recomendações dos organismos internacionais.

A LGT cita os seguintes atributos que podem ser ponderados na definição das modalidades: finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão e tecnologia empregada, bem como outros atributos a serem escolhidos pelo ente regulador. Forma, meio de transmissão e tecnologia empregada dizem respeito unicamente à rede de telecomunicações. Âmbito de prestação é característica do serviço, porém intimamente ligada à abrangência geográfica da rede²⁹. Dentro

²⁸ A distinção entre serviços e modalidades de serviços também encontra guarida na LGT, embora de forma oblíqua. O art. 64, parágrafo único, da LGT, ao dispor sobre a prestação em regime público, a impõe como compulsória às modalidades do STFC. O STFC, portanto, não é modalidade, mas sim um serviço.

²⁹ Exemplo de diferenciação de modalidades de serviços pelo âmbito de prestação é a utilizada no STFC: local, longa distância nacional, longa distância internacional. Com efeito, a utilidade para o usuário, nesse caso, é afetada pelo alcance da rede, de sorte que pela distância coberta diferencia-se a modalidade de serviço. Observe-se que a qualidade de serviço é

do critério de finalidade, por fim, uma multiplicidade de características pode ser ponderada. Entretanto, a finalidade para o usuário, haja vista consistir critério para a definição do serviço, não pode se referir às suas modalidades. Por esse motivo, não pode ser considerada um atributo. Mais propriamente, sempre que se referir à finalidade para o usuário, não se cuidará de atributo, mas de fator a distinguir os próprios serviços entre si.

Assim sendo, a qualidade de rede utilizada, por se constituir atributo, diz respeito, quando muito, às modalidades de serviços, mas não aos serviços em si. Os serviços, por sua vez, podem ser prestados em qualquer modalidade (art. 22, *caput*, do RST). Logo, logrou a agência desvincular os serviços da rede de que se valham. Todavia, na prática essa vinculação muitas vezes persiste, pois a regulamentação específica ainda impõe óbices à prestação de um mesmo serviço por modalidades distintas de rede.

O maior exemplo desse fato está no STFC. Este é definido como *serviço de telecomunicações que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia* (art. 3º, XX, do RSTFC). Processos de telefonia, por sua vez, são *aqueles que permitem a comunicação entre pontos fixos determinados, de voz e outros sinais, utilizando técnica de transmissão nos modos 3,1 kHz-voz ou 7 kHz-áudio ou até 64 kbit/s irrestrito, por meio de fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético* (art. 3º, XV, do RSTFC). Conseqüentemente, restringe-se o STFC em função da rede, uma vez que esta deve utilizar processos de telefonia. Processos de transmissão de voz entre pontos fixos que não se qualifiquem como de telefonia não são aptos a serem utilizados no STFC. A norma, todavia, fornece uma concepção ampla de processos de telefonia, em especial no que diz respeito à tecnologia digital. De fato, qualquer processo de transmissão de voz ou outros sinais em até 64 kbit/s poderia ser considerado processo de telefonia. Todavia, tem-

uma só: transmissão de voz entre pontos fixos. Dessa forma, cuida-se do mesmo serviço: STFC. Porém, a abrangência da rede se traduz em utilidades diversas para o usuário, que dizem respeito não à natureza em si da prestação (falar ao telefone é, do ponto de vista do usuário, a mesma coisa em uma ligação internacional ou local), mas a suas nuances. Por isso, deve ser considerada um atributo na definição das modalidades de serviço.

se adotado uma interpretação restritiva da norma, vedando-se, por exemplo, o uso da tecnologia de voz sobre IP na prestação do STFC.

Entretanto, no que se refere à qualidade de informação objeto do serviço, não há limitação. Embora o STFC se destine principalmente à transmissão de voz, nada impede a transmissão de imagens ou de quaisquer outros dados – desde que respeitados os limites quantitativos (64 kbit/s) de transmissão. Nesse ponto, poder-se-ia dizer que há flagrante contrariedade com a regra geral de que os serviços se definem em função da utilidade para o usuário. A transmissão de dados possui utilidade bastante diversa da de voz, por exemplo. Acessar a internet é algo completamente diverso de se conversar ao telefone. Todavia, a partir do momento em que se utilize uma rede com as características de STFC, tanto o acesso à internet como a conversa telefônica são viabilizados pelo mesmo serviço: STFC³⁰. Nesse ponto, entretanto, a regulação aproxima-se do conveniente para um ambiente de convergência, em que a voz é considerada somente mais um tipo de informação dentre os muitos que, digitalizados, adquirem a mesma natureza. Assim, sob esse ponto de vista, a utilidade para o usuário seria a mesma tanto no acesso à internet quanto em uma chamada de voz.

Interessante contrastar o STFC com o SCM, mais recente serviço criado pela Anatel, e que também se presta a possibilitar comunicação entre pontos fixos. Analisemos o que diz o RSCM:

Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia.

Art. 3º O Serviço de Comunicação Multimídia é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações

³⁰ Ressalve-se que isso não significa que o acesso à internet é modalidade do STFC, ou mesmo constitui um serviço de valor adicionado. A internet e a rede do STFC são distintas, e, portanto, distintos são os serviços de telecomunicações de acesso a cada uma delas. Não obstante, ao se utilizar a rede de STFC como elo entre o usuário e a internet, cursa pela rede de STFC informações distintas das de uma chamada de voz.

multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.

Parágrafo único. Distinguem-se do Serviço de Comunicação Multimídia, o Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral (STFC) e os serviços de comunicação eletrônica de massa, tais como o Serviço de Radiodifusão, o Serviço de TV a Cabo, o Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS) e o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH).

Nesse caso, a definição do serviço admite uma multiplicidade de elementos técnicos de suporte, o que significa que o SCM é caracterizado independentemente da rede que utiliza. No SCM, porém, tornam-se evidentes os efeitos da convergência sobre a regulação. Uma vez que não há limitação acerca da qualidade da informação transportada, foi necessário que a Anatel expressamente excluísse do âmbito de prestação do SCM praticamente todos os outros serviços de transmissão de informações entre pontos fixos. Foi necessária, ainda, a edição pela Anatel da Súmula nº 006, de 24 de janeiro de 2002, que reforça o RSCM ao dispor que:

Súmula nº 006, de 24 de janeiro de 2002.

“A prestação do Serviço de Comunicação Multimídia não admite a transmissão, emissão e recepção de informações de qualquer natureza que possam configurar a prestação de serviço de Radiodifusão ou de serviços de TV a Cabo, MMDS ou DTH, assim como o fornecimento de sinais de vídeo e áudio, de forma irrestrita e simultânea, para os assinantes, na forma e condições previstas na regulamentação daqueles serviços.”

Nada obsta, porém, que uma prestadora de SCM pleiteie autorização para prestar quaisquer desses outros serviços (exceto radiodifusão, sujeita a regime jurídico específico), mediante a rede do próprio SCM. Assim, na regulamentação do SCM a Anatel propiciou efetivo espaço para a convergência, uma vez que tanto sua rede pode

ser utilizada para múltiplos serviços, como diversas qualidades de informação podem ser transmitidas, independentemente dos meios técnicos necessários para a transmissão. A utilidade para o usuário é delimitada por exclusão, mas nem por isso deixa de ser o critério para a delimitação do SCM. Verifica-se, portanto, uma evolução da regulamentação pela Anatel de sorte a se criar um quadro normativo mais adequado a um ambiente de convergência.

O mesmo fenômeno ocorre também na regulação dos chamados serviços móveis. O Serviço Móvel Celular – SMC, instituído antes da LGT, tem sua definição vinculada a um determinado tipo de rede, à símile do que ocorre com o STFC. De fato, o Regulamento do Serviço Móvel Celular – RSMC (anexo ao Decreto nº 2.056, de 4 de novembro de 1996) assim dispõe:

Regulamento do Serviço Móvel Celular.

Art. 1º Este Regulamento dispõe sobre o Serviço Móvel Celular, instituído pela Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996, como serviço de telecomunicações móvel terrestre, aberto à correspondência pública, **que utiliza sistema de radiocomunicações com técnica celular** [grifamos], interconectado à rede pública de telecomunicações, e **acessado por meio de terminais portáteis, transportáveis ou veiculares, de uso individual** [grifamos].

Importante lembrar que tecnologias como o WLL (*wireless local loop*), usada na prestação do STFC, podem perfeitamente se enquadrar no disposto na norma. Obviamente, isso não faz com que o STFC se transforme em SMC. Somente no momento em que essa tecnologia for utilizada para conferir mobilidade é que haverá prestação de SMC. Foi o que se constatou no caso do *Vésper portátil*, serviço fornecido pela Vésper, operadora de STFC em São Paulo. Na prática, o serviço permitia ao usuário locomoção irrestrita dentro da área atendida pela Vésper. Isso foi possível pelo fato de a tecnologia WLL ser estruturada em redes muito semelhantes – para não dizer idênticas – às de suporte ao SMC. Esclareça-se que o objetivo primordial da tecnologia não é o de se criar redes de suporte à telefonia celular, mas sim de superar os

custos decorrentes da implantação de uma rede de acesso local por cabos. Haja vista o desvio de finalidade da tecnologia – e a nova utilidade propiciada ao usuário, houve impugnação judicial e administrativa ao serviço, que teve que ser suspenso. Somente se permitiu a retomada do serviço quando houve a garantia de restrição à mobilidade.

Nesse ponto, cabe dizer que a distinção entre serviços fixos e serviços móveis atende ao critério da utilidade para o usuário. De fato, a restrição ao movimento, em um caso, e sua ausência, no outro, proporcionam características diferentes para o usuário, não obstante muitas vezes o tipo de informação transmitido seja o mesmo. O usuário de STFC, por exemplo, dependerá sempre de sua proximidade de um terminal fixo para que possa ser localizado, ou para que possa efetuar uma chamada. O usuário de Serviço Móvel Celular – SMC, por sua vez, terá sempre à sua disposição a possibilidade de fazer e receber chamadas, enquanto se localizar dentro da área de cobertura da respectiva prestadora. Assim, embora nos dois casos se trate de serviços que propiciam a comunicação por voz, cuida-se de serviços distintos.

A normatização do Serviço Móvel Pessoal – SMP, concebido para substituir o SMC, seguiu, por sua vez, critério diverso do do SMC. O Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – RSMP (anexo à Resolução nº 316, de 27 de setembro de 2002) dispõe:

Regulamento do Serviço Móvel Pessoal.

Art. 4º Serviço Móvel Pessoal - SMP é o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações, observado o disposto neste Regulamento.

A mobilidade, portanto, foi alçada como critério distintivo do SMP. Não há, desse modo, vinculação a determinado tipo de rede de telecomunicações, nem a determinado tipo de informações. Uma vez

mais se percebe a existência de um movimento regulatório no sentido de adaptarem-se as normas existentes a um ambiente de convergência.

Questão importante, contudo, surge com relação a todo esse processo de definição de serviços. A LGT não atribui quer à Anatel, quer ao Presidente da República, a competência para distinguir entre diferentes tipos de serviços. O art. 69 da LGT atribui à Anatel competência para distinguir entre modalidades de serviços, não entre serviços. O art. 18, por sua vez, dá ao Presidente da República competência para instituir modalidade de serviço a ser prestada no regime público – novamente, não se fala em tipo de serviço. Todavia, a lei pressupõe a existência de apenas um tipo de serviço: o STFC (LGT, art. 69, parágrafo único). Seriam, portanto, todos os serviços supra mencionados ilegais, uma vez que estabelecidos pela Anatel? Seriam válidos apenas o STFC e o SMC, previstos, respectivamente, na LGT e na Lei Mínima? Essa não se afigura uma conclusão razoável dentro do sistema estabelecido pela LGT. Isso porque, em verdade, a distinção entre serviços não foi um fator relevante para a lei. Comprova esse entendimento o fato de que, entre as condições objetivas para a obtenção de uma autorização para prestação de determinado serviço, não há a necessidade de prévia definição normativa do serviço. Assim, se alguém inventar um serviço “novo”, ainda não regulamentado, a Anatel não apenas poderá como estará obrigada a dar autorização a essa pessoa – a autorização, lembre-se, é um ato vinculado. Assim, um serviço eventualmente não definido em regulamento poderá ser prestado, porém sobre ele não incidirão normas regulamentares. Isso não significa, contudo, que nenhuma regra poderá ser editada acerca desse novo serviço, pois o art. 130 da LGT é expresso ao afirmar que a prestadora não possui direito adquirido às condições vigentes na época da expedição da autorização.

Em verdade, quando a Anatel define um determinado serviço, está apenas limitando o âmbito de aplicação de determinadas regras regulamentares. Isto é, as regras editadas pela Anatel serão aplicáveis quando o serviço em questão contiver as características apontadas no regulamento, características essas que compõem a definição do serviço. Portanto, quando define um serviço de telecomunicações, a Anatel exerce legitimamente as competências previstas nos incisos IV e X do

art. 19 da LGT, quais sejam as de editar normas acerca da prestação de serviços de telecomunicação nos regimes público e privado.

Disso decorre que a definição de um serviço não é um pressuposto do nosso atual modelo regulatório, fato de suma importância em um contexto de convergência entre serviços. De fato, a ausência de imposição de definição de um serviço de telecomunicações como pressuposto para a prestação desse serviço permitirá, eventualmente, a uniformização da regulamentação dos serviços de telecomunicação. Esse é o caminho que está sendo trilhado pela União Européia, onde os países-membros estão implantando um regime jurídico uniforme aplicável a todo e qualquer serviço de telecomunicações.

5. Regime jurídico das redes e dos serviços de telecomunicação

A prestação de serviços de telecomunicações depende de uma rede de telecomunicações que lhes dê suporte, embora cada serviço não se defina em função da rede, mas sim em função de sua finalidade para o usuário. Dessa forma, obviamente, onde não exista rede de telecomunicações, a prestação de serviços de telecomunicações também inexistirá. Essa interdependência se reflete no regime jurídico das redes e dos serviços de telecomunicações. Por um lado, o direito a prestar determinado serviço supõe direito a implantar a rede que lhe dê suporte. Por outro lado, as características e limitações da rede repercutirão no serviço. Nesse sentido, as características peculiares da infra-estrutura de suporte às redes influenciam decisivamente a regulação dos serviços. Essas características são expostas pelos economistas ingleses Mark Armstrong, John Vickers e Simon Cowan:

Nenhuma indústria é exatamente igual a outra em suas características, mas as de serviços de infra-estrutura [*utilities*³¹], e algumas outras

³¹ O termo *utilities* não possui equivalente na língua portuguesa. Segundo o *The American Heritage Dictionary of the English Language*, o termo, que pode ser substituído por *public utility*, significa a *private business organization, subject to governmental regulation, that provides an essential commodity or service, such as water, electricity, transportation, or*

indústrias, têm importantes elementos em comum. Particularmente, cada uma combina (1) atividades naturalmente monopolísticas, como redes de transmissão, e (2) atividades potencialmente competitivas, como a prestação de serviços por meio das redes, que podem ou não ser efetivamente competitivas, para o que o acesso a atividades do tipo 1 é ingrediente essencial.

Assim, nas telecomunicações, as atividades do tipo 1 incluem serviços de rede local e acesso fixo, ao menos no curto prazo, e as do tipo 2 incluem muitos serviços de longa distância. Nas indústrias de gás e eletricidade, atividades do tipo 1 incluem a transmissão e a distribuição, e as do tipo 2 incluem produção/geração e suprimento, ao menos para grandes consumidores. Nas estradas de ferro, atividades do tipo 1 incluem a infra-estrutura dos trilhos, sistemas de sinalização e estações, mas os serviços de trem podem constituir atividades do tipo 2. A indústria de saneamento básico, todavia, possui muito poucas atividades do tipo 2.³²

Do ponto de vista do Direito Econômico, a presença dessas características faz necessária a intervenção regulatória do Estado. A esse respeito, esclarece Calixto Salomão Filho:

A descrição de natureza econômica que se dá aos monopólios naturais não é apta a identificar as situações que tornam imprescindível a

communication, to the public. O termo pode significar, ainda, o próprio serviço ou commodity fornecidos por essa empresa (private business organization), conforme atesta o Oxford Advanced Learners Dictionary. Alguns autores o traduzem pela expressão serviços de utilidade pública. Todavia, o significado técnico específico é restrito aos serviços que utilizam por base uma rede, caso das telecomunicações, saneamento básico, transporte, etc. Assim, nem todo serviço de utilidade pública seria uma utility. Por esse motivo, optou-se pela expressão serviços de infra-estrutura.

³² “No industries are exactly alike in their economic characteristics, but the utilities, and some other industries, have important elements in common. In particular, they each combine (1) naturally monopolistic activities, such as transmission networks, and (2) potentially competitive activities, such as the provision of services over the networks, which may or may not actually be competitive, for which access to activities of type 1 is an essential ingredient. Thus in telecommunications, activities of type 1 include local fixed-link network services, for the short term at least, and those of type 2 include many long-distance services. In gas and electricity, type 1 activities include transmission and distribution, and those of type 2 include production/generation and supply, at least to larger users. In railways, type 1 activities include the infrastructure of track, signaling [sic] systems and stations, but train services might come within type 2. The water industry, however, has very few activities of type 2.” (1994, p. 3 – tradução livre)

intervenção regulatória. A mera existência de custos irrecuperáveis não garante, por si só, a autoproteção que o monopólio necessita para que sua ação não possa ser atingida pela tradicional ação antitruste. Os custos irrecuperáveis requerem especial atenção com o problema da existência de barreiras à entrada naquele setor em que haja qualquer concentração econômica. Requerem, também, cuidado com as condutas anticoncorrenciais. Não impõem, no entanto, uma intervenção regulatória.

Não [é] assim quando existem condições estruturais que tornam a posição de determinados agentes econômicos infensa a qualquer erosão. Nessa hipótese, não se pode confiar na tradicional “preguiça tecnológica” dos monopólios, que permitem, em setores de alta tecnologia, que novos e ágeis agentes econômicos estejam dispostos e possam efetivamente ameaçar a posição dominante do monopolista. A condição estrutural básica para que essa autoproteção ocorra é a existência de uma rede natural ou artificial, física ou virtual, de duplicação inviável. A duplicação é inviável não apenas e não precipuamente pelos altos custos nela envolvidos. Ocorre que, além dos altos custos, as redes criam os chamados retornos crescentes de escala, *i.e.*, quanto mais consumidores fazem parte da rede, mais útil é ela para o próximo consumidor.³³ Dessa forma, não há qualquer estímulo, seja do ponto de vista do custo ou da utilidade, para o consumidor escolher a rede concorrente (a não ser que a rede concorrente agregue novos serviços, o que vem crescentemente acontecendo). A sua construção é, então, inconveniente. Se assim é, então as redes já construídas passam a desempenhar um papel fundamental. Só nelas poderá se desenvolver qualquer tipo de concorrência e só através delas o consumidor poderá ser atendido. Essas redes são o elemento básico para a dominação dos mercados por parte dos agentes econômicos que as detêm. (2001, pp. 42-3)

³³ Esse ponto é particularmente verdadeiro para o caso das telecomunicações. Entretanto, em outros serviços de infra-estrutura, fundados em redes, isso não necessariamente se verifica. Por exemplo, qual a maior ou menor utilidade de um consumidor de energia elétrica resultante de mais consumidores estarem conectados à rede de distribuição da concessionária local? O mesmo pode ser dito do serviço de saneamento básico e do de distribuição de gás.

Sendo assim, para que se propicie efetiva competição no setor de telecomunicações é necessário assegurar um regime que permita superar as limitações acima descritas. Uma vez que se opte, portanto, por abandonar o regime monopolístico, o regime jurídico das redes de telecomunicações será decisivo para o sucesso de um modelo de prestação de serviços fundado na concorrência.

No Brasil, o processo de reforma do setor de telecomunicações teve como principal objetivo justamente estabelecer a concorrência, de sorte a possibilitar tanto a expansão como a renovação tecnológica das telecomunicações no Brasil. Iniciada com a edição da Emenda Constitucional 8, de 1995, alcançou seu ápice com a edição da LGT, em 1997, e, no mesmo ano, a privatização das empresas do setor³⁴. A esse respeito, são esclarecedores os arts. 5º e 6º da LGT:

Lei Geral das Telecomunicações.

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

De sorte a alcançar a efetiva concorrência na prestação dos serviços de telecomunicações, as redes e a infra-estrutura sobre a qual se instalam foram objeto, em determinados casos, de um regime jurídico de direito público, e, em outros, de um regime jurídico de

³⁴ A esse respeito, ver a exposição de motivos do projeto de lei que veio a se tornar a LGT: E.M. nº 231/MC; e ainda Marques Neto (2000a, pp. 302-6) e Cerasoli (2000, pp. 137-43).

direito privado sujeito a um estrito poder de polícia. A esse respeito, cabe lembrar a distinção feita pela LGT entre **serviços** de interesse restrito e de interesse coletivo (art. 62), sob regime jurídico público ou privado (art. 63). Os serviços de interesse coletivo são aqueles *cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias, observados os requisitos da regulamentação* (art. 17 do RST). Serviços de interesse restrito, por sua vez, são aqueles destinados ao uso do próprio executante ou prestados a determinados grupos de usuários, selecionados pela prestadora mediante critérios por ela estabelecidos, observada a regulamentação (art. 18 do RST). A exploração dos serviços de interesse restrito não pode prejudicar a dos de interesse coletivo (art. 62, parágrafo único, da LGT).

Sujeitam-se ao regime jurídico público, nos termos da LGT, as modalidades dos serviços de interesse coletivo *cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar* (art. 64)³⁵. A prestação em regime público, porém, não exclui a possibilidade da prestação em regime privado (art. 65, III), hipótese em que devem ser estabelecidas regras que assegurem a viabilidade econômica da prestação em regime público. A definição acerca de que modalidade de serviço será prestada em regime público ou privado compete ao Presidente da República, que a fará por meio do Plano Geral de Outorgas – PGO, baixado por decreto (art. 18, I e II). O STFC, porém, em suas diversas modalidades, deverá sempre comportar prestação no regime público (art. 64, parágrafo único), ao passo que os serviços de interesse restrito não podem ser prestados sob esse regime.

O regime público estabelecido pela LGT é bastante próximo do tradicional regime atribuído doutrinariamente à concessão de serviços públicos³⁶ – a concessão, inclusive, é o instrumento por excelência para

³⁵ Interessante notar que a lei fala em modalidade de serviço sujeita à prestação em regime público, e não no serviço em si. Ressalte-se que a distinção entre modalidade e serviço não é estranha à lei, haja vista a redação tanto do caput como do parágrafo único do art. 64. Isso significa, portanto, que um mesmo serviço pode ter determinada modalidade sujeita a regime público, e determinada modalidade sujeita a regime exclusivamente privado.

³⁶ Sobre a concessão de serviço público, consultar o artigo de Grotti (2000), e ainda as obras de Medauar (1995), Di Pietro (1999b) e Rocha (1996).

a delegação da prestação de serviço de telecomunicações em regime público, admitindo-se, porém, em casos excepcionais, a prestação fundada em uma permissão. Dessa forma, os bens vinculados à prestação do serviço consideram-se afetados, constituindo-se, portanto, de domínio público. Aplica-se, inclusive, o regime da reversão de bens (art. 102 da LGT). Sendo assim, os elementos de infraestrutura das redes de telecomunicações dos serviços prestados em regime público são considerados bens públicos.

Atualmente, o único serviço prestado em regime público, nos termos da LGT, é o STFC³⁷. Submetem-se ao regime público as prestadoras derivadas do processo de privatização. Essas prestadoras herdaram a rede pública construída no período de monopólio estatal. Além disso, se submeteram a obrigações de forte expansão dessa rede, conforme o Plano Geral de Metas de Universalização – PGMU (anexo ao Decreto nº 2.592, de 15 de maio de 1998). Por esses motivos, possuem as redes com maior capilaridade, em especial as prestadoras da modalidade local.

As redes de acesso local, destaque-se, são aquelas em que é menor a economia de escala e de escopo, haja vista servirem a um número reduzido de acessos. Sua implantação também é mais custosa, por em geral necessitar a implantação de cabos subterrâneos, devido a restrições urbanísticas. É, por esses motivos, a rede em que a duplicação se mostra mais difícil, e, por vezes, inviável. Além disso, as concessionárias do STFC na modalidade local estão, dentro de suas respectivas áreas de prestação, em condições muito semelhantes às descritas por Calixto Salomão Filho como características de um monopólio natural. Isso porque, devido à grande capilaridade das redes das concessionárias, a grande maioria dos usuários finais já são atendidos por essas concessionárias, restando pouco espaço para a implantação de acessos fixos por eventuais concorrentes. Comparativamente, ainda há que se destacar que a rede do STFC, em

³⁷ Fora da sistemática adotada pela LGT, porém, são objeto de concessão – logo sujeitos a regime jurídico de direito público – os serviços de TV a Cabo e de SMC, haja vista ainda serem regidos por legislação específica. O SMC, porém, deverá ser suplantado integralmente pelo SMP, sujeito a regime privado. O regime jurídico dos bens vinculados aos serviços de TV a Cabo, por sua particularidade, não serão objeto do presente trabalho.

extensão e alcance, supera em muito as dos outros serviços, o que a torna ponto de partida quase que obrigatório para a prestação de outros serviços que necessitem de acessos por pontos fixos – como o SCM, por exemplo. Haja vista a importância das redes de acesso local, foi louvável a opção de manter sua porção mais significativa sob regime público, sendo que a infra-estrutura de suporte é tida como pertencente ao domínio público.³⁸ Acerca da importância das redes de acesso local do STFC, é esclarecedor o seguinte trecho de Armstrong, Cowan e Vickers:

Para completar uma chamada de longa distância, um consumidor deve usar conexões e comutadores [*exchanges*] dentro de duas áreas locais (a de origem e a de destino da chamada), a que se somam uma linha de longa distância e um ou mais tronco de comutação [*trunk exchange*]; e, para fazer uma chamada internacional, componentes das redes local, de longa distância e internacional tipicamente serão necessários. Sendo assim, a operação da rede local pode ser considerada como um insumo essencial para a “produção” de chamadas de maiores distâncias, além de se constituir um produto final por si só. [...] Além disso, uma vez que uma chamada de um telefone celular normalmente envolverá o uso de uma rede de acessos fixos, além de transmissores e receptores de telefonia celular, a operação da rede de acessos fixos é insumo essencial para a operação do serviço de telefonia celular. Finalmente, a operação de redes como um todo é claramente um insumo para aqueles que suprem *serviços* – inclusive serviços de telefonia básica de voz – por meio da rede.³⁹

³⁸ Há autores, todavia, que entendem não só possível como desejável a competição fundada no estabelecimento de infra-estruturas paralelas nas redes de acesso local (a chamada *facilities based competition*). Argumentam, em geral, que ao se incentivar o uso compartilhado de estruturas se está inibindo o movimento natural de renovação tecnológica efetuado pelo mercado. Nesse sentido, pugnam pela completa desregulamentação do setor, de sorte a abrir caminho para a atuação das forças de mercado. Defendem essa posição, entre outros, Kahn (1998), Huber (1998), Tauke (1998) Geller (1998) e Singleton (1998). Todavia, mesmo nos países em que o uso compartilhado da rede local se tornou mandatório, as chamadas incumbents (empresas já estabelecidas, detentoras da rede local antes da abertura à competição) detêm participações de mercado muito superiores às das empresas entrantes (cf. SPILLER e CARDILLI, 1998; e GELLER, 1998). Também há que se ressaltar que os estudos favoráveis à desregulação do acesso local dizem respeito a países desenvolvidos, em que a demanda por novos serviços, propiciados pela evolução tecnológica das redes, poderia compensar o investimento em estruturas redundantes por parte dos competidores. No Brasil, porém, é pouco provável que a demanda compense o investimento, haja vista a dificuldade já existente para o consumo do serviço de voz, comprovado pelos altos índices de inadimplência enfrentados pelas concessionárias de STFC.

Todavia, não é somente no STFC que elementos de uma rede se constituirão bens públicos. Também o espectro de radiofrequências é considerado bem público, por disposição expressa do art. 157 da LGT. Como se sabe, o espectro de radiofrequência é também elemento da infra-estrutura da rede, cuja função pode corresponder aos enlaces de uma rede de acesso local por cabos⁴⁰. O uso de radiofrequências permite grande economia no alcance do usuário final, bem como possibilita o acesso móvel, como ocorre na telefonia celular. No STFC, o uso de radiofrequências foi visto como uma forma de possibilitar a competição pelo acesso local, mediante o uso da tecnologia WLL. Dessa forma, o regramento jurídico das radiofrequências também diz respeito à questão do acesso do usuário final e, por conseguinte, ao estabelecimento de redes de acesso local. E, uma vez mais, optou-se pela adoção de um regime jurídico público, fundado na propriedade pública dos meios de acesso ao usuário final.

Nos serviços prestados em regime privado, porém, excetuados os casos em que se utiliza radiofrequência, não há a correspondência entre regime público e rede de acesso local. As redes de acesso local implantadas em suporte de serviços no regime privado, sejam de interesse restrito ou coletivo, são propriedade privada. É importante ressaltar que redes de acesso local privadas que não se utilizem de radiofrequência são bastante raras, normalmente se consistindo de redes de suporte a serviços de interesse restrito – não abertas, portanto, ao acesso do público em geral -, ou de redes de suporte a serviços que

³⁹ “To complete a long-distance call, a customer must utilize links and exchanges within two local areas (at the origin and at the destination of the call) in addition to a long-distance line and one or more trunk exchange, and to make an international call local, long-distance and international components typically will be needed. Therefore local network operation could be regarded as essential input for the “production” of longer-distance calls as well as being a final product in its own right. [...] Also, since a mobile telephone call will usually involve the use of fixed-link network operation as well as mobile transmitters and receivers, fixed-link network as well as mobile transmitters and receivers, fixed-link network operation is an essential input form mobile network operators. Finally, network operation as a whole is clearly a necessary input for those who supply services – including basic voice telephony – over the network” (1994, pp. 201-2 – tradução livre)

⁴⁰ Ressalte-se, porém, que esse não é o único uso para o espectro de radiofrequências. Este também pode ser utilizado nas redes de transporte – isto é, redes que não visam alcançar o usuário final -, servindo, por exemplo, para a transmissão de informações via satélite.

visem a atender a consumidores corporativos – em que o volume de serviços prestados justifica o investimento nas caras estruturas de acesso local por cabos. No caso dos serviços restritos, o domínio privado das redes de acesso local não configura maiores dificuldades, uma vez que se destinam ao atendimento de um público limitado e que, no mais das vezes, tem como trocar esse serviço por outro semelhante, oferecido por outras prestadoras de serviços de interesse restrito ou mesmo de serviços de interesse coletivo.

No caso dos serviços de interesse coletivo, contudo, a questão ganha complexidade. Por exemplo, é possível que uma prestadora de STFC no regime privado decida por abandonar a prestação do serviço e, cumulativamente, se negue a ceder a outras o uso da rede de acesso local por cabos que implantou? Haverá a necessidade de a concessionária local duplicar a rede, de sorte a garantir a continuidade dos serviços prestados aos usuários da prestadora no regime privado? Cuida-se, conforme dito, de hipótese bastante improvável, mas que ajuda a compreender a importância da rede de acesso local. Outra hipótese, esta de ocorrência mais provável, é a falência daquela mesma prestadora de STFC no regime privado, e a conseqüente paralisação de suas atividades. Nesse caso, o que será de sua rede de acesso local enquanto não forem os bens a leilão? Haverá, pergunta-se novamente, a necessidade de duplicação da rede por parte da concessionária, de sorte a atender os usuários da prestadora falida? Não há, no ordenamento jurídico em vigor, previsão para essa situação.

Não obstante, a duplicação de rede é opção antieconômica e que, ao final, ou repercutirá na prestação dos serviços em regime público, por ser financiada via tarifa, ou então suporá o uso de recursos públicos, caso se opte, por exemplo, por se destinar recursos do Fundo de Universalização das Telecomunicações – FUST. Nesse sentido, a desapropriação poderia ser uma saída, indenizando-se ou a empresa que desistiu de prestar o serviço, ou a massa falida, conforme o caso. Todavia, é cediço que a desapropriação pressupõe afetação dos bens desapropriados. Isso significa admitir, portanto, que os bens de prestadora em regime privado estão afetados a um interesse público. E não há que se falar que esse interesse público somente se verificou

após a saída da empresa do mercado, pois a desapropriação teria por fim justamente garantir a continuidade de algo que aquela empresa já fazia anteriormente: o acesso dos usuários finais a uma rede de telecomunicações. O interesse público, portanto, não é superveniente, mas já se encontra presente desde o início da prestação do serviço de telecomunicações. Há, portanto, situação verdadeiramente paradoxal, pois, embora a rede de acesso local por cabos seja considerada bem privado, já se encontra afetada por um interesse público, qual seja o de garantir aos usuários finais o acesso a uma rede de telecomunicações – isto é, de garantir a prestação de serviços de telecomunicações.

Em verdade, a normatização das telecomunicações no Brasil caminha no sentido de estabelecer às redes de telecomunicações de suporte de serviços de interesse coletivo regime jurídico bastante semelhante ao que existe hoje na internet. A internet foi concebida originalmente para atender a um programa militar dos EUA cujo objetivo era estabelecer uma rede de telecomunicações que pudesse garantir a comunicação mesmo na hipótese de uma guerra nuclear. Para tanto, concebeu-se uma rede descentralizada, caracterizada pela união de várias redes locais. O tráfego de informações por essas redes não seria feito de forma contínua, mas sim por meio do fracionamento das mensagens em “pacotes” (os datagramas) que poderiam ser enviados por diversos caminhos e, ao final, unidos para a recomposição da mensagem, como em um quebra-cabeça. Dessa forma, a perda de parte da rede não prejudicaria o envio da mensagem: bastaria encaminhar os datagramas por um caminho que evitasse a área destruída.

A expansão do uso dessa rede ao aproveitamento por entidades acadêmicas e, posteriormente, à exploração comercial, resultou em sua expansão para todo o mundo. Conforme sua concepção original, essa expansão ocorreu de forma descentralizada, por meio da união de várias redes de âmbito local ou regional. Cada uma dessas redes possui um proprietário distinto, mas a integralidade da internet, ou seja, a união de todas essas redes, não possui dono. A questão do acesso local foi resolvida por meio do uso das redes de telefonia. A prestadora de STFC não necessariamente será a provedora de acesso à internet, mas, por outro lado, está obrigada a completar as chamadas feitas

para qualquer provedor. Assim, na prática, o acesso à internet supõe o compartilhamento da rede de acesso local do STFC.

De forma semelhante, a implantação e operação das redes de telecomunicações, públicas ou privadas, está sujeita a diversas restrições e condicionamentos, cujo objetivo majoritário é assegurar a efetiva competição entre os serviços de telecomunicações e, ao final, garantir a formação de uma rede única, multifacetada e capaz de suportar todos os tipos de serviço de telecomunicações: a chamada *rede emergente* ou *infovia*. A LGT, nesse sentido, possui um título específico para a disciplina das redes (Título IV – Das redes de telecomunicações). O art. 145 abre esse título, e o art. 146 contém os princípios básicos da organização das redes de telecomunicações:

Lei Geral das Telecomunicações.

Art. 145. A implantação e o funcionamento de redes de telecomunicações destinadas a dar suporte à prestação de serviços de interesse coletivo, no regime público ou privado, observarão o disposto neste Título.

Parágrafo único. As redes de telecomunicações destinadas à prestação de serviço em regime privado poderão ser dispensadas do disposto no *caput*, no todo ou em parte, na forma da regulamentação expedida pela Agência.

Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

I – é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;

II – deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;

III – o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.

Parágrafo único. Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os

usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.

Dessa forma, primeiro cumpre notar que as redes de suporte a serviços de interesse restrito se submetem a regime específico, diverso do estabelecido no Título IV da LGT. Aplicáveis as disposições, portanto, a redes de suporte a serviços de interesse coletivo, sob o regime público ou privado. A obrigatoriedade de interconexão, asseguuração da operação integrada e atendimento à função social são condições a serem observadas na organização das redes, e visam a tornar as redes *vias integradas de livre circulação*. As redes de telecomunicações, dessa forma, não devem ser tomadas isoladamente, mas sim de forma a integrar um conjunto.

A obrigatoriedade de interconexão é um dos fundamentos essenciais para a integração entre as redes, uma vez que consiste na asseguuração de que os usuários de redes diversas possam se comunicar, bem como acessar serviços disponíveis na rede à qual não acessem diretamente (art. 146, parágrafo único, da LGT). Nesse sentido, a obrigatoriedade de interconexão rompe a principal barreira apontada por Salomão Filho para que se considerem as telecomunicações um monopólio natural, pois, justamente, retira da *incumbent* a exclusividade dos retornos crescentes de escala propiciados pelo alcance de um maior número de usuários.

No que diz respeito ao estabelecimento de redes de acesso local, contudo, não é a interconexão de redes que garantirá a efetivação da concorrência. É necessário que a competidora tenha acesso a elementos da rede de acesso local da concorrente já estabelecida (ou *incumbent*, expressão inglesa de uso consagrado) de sorte a que possa implantar sua própria rede. Sem esse acesso, a duplicação de infra-estrutura é inevitável. A interconexão, por si, assegura tão somente o acesso à rede como um todo, mas não de seus elementos. Nessa hipótese, será aplicável o instituto da desagregação de elementos de rede, também chamado *unbundling*. A respeito desse instituto, Spiller e Cardilli comentam:

O *unbundling* pressupõe que a *incumbent* ofereça às entrantes elementos e serviços básicos de rede, como linhas, comutação e

transporte, **individualmente** [grifamos]. Uma entrante pode alugar alguns ativos da *incumbent*, em um arranjo que aumenta a possibilidade de um ingresso bem sucedido. Por exemplo, uma prestadora local pode comprar acesso a linhas locais desagregadas e conectá-las a seu próprio sistema de comutação, ou uma provedora de TV a cabo pode comprar acesso a conexões e comutação, mas usar suas próprias linhas para prover tom de discagem a seus consumidores.⁴¹

O *unbundling* atualmente encontra guarida no direito brasileiro no art. 155 da LGT e no art. 39 do RGI:

Lei Geral de Telecomunicações.

Art. 155. Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Regulamento Geral de Interconexão.

Art. 39. As prestadoras de serviço de interesse coletivo devem tornar disponível, em condições justas e não discriminatórias, facilidades, tais como cabos, fibras, dutos, postes, torres, dentre outras, para uso, quando solicitado, pelas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado com a finalidade específica destas construírem suas redes.

Assim, a LGT conferiu à Anatel discricionariedade para dispor as hipóteses em que o *unbundling* seria mandatório. No uso de seu

⁴¹ “Unbundling requires the incumbent to offer entrants basic network elements and services, such as lines, switching, and transport, individually. An entrant can lease a few assets from the incumbent, an arrangement that increases the prospect of successful entry. For example, a local carrier might buy access to unbundled local lines and hook them up to its own switching system, or a cable company might purchase access to unbundled ports and switching but use its own lines to provide dial tone to its customers.” (1998, p. 44 – tradução livre)

poder discricionário, a agência estabeleceu a obrigatoriedade do *unbundling* apenas quando a solicitante for prestadora de STFC. Nos demais casos, portanto, o *unbundling* resultará de livre negociação.⁴²

A construção propriamente dita da rede, utilizando-se de elementos de rede alheia, é o que a lei chama exploração industrial de meios. O *unbundling*, dessa forma, visa a propiciar a exploração industrial de meios. A esse respeito, assim dispõe o RST:

Regulamento dos Serviços de Telecomunicações.

Art. 61. Quando uma prestadora de serviço de telecomunicações contratar a utilização de recursos integrantes da rede de outra prestadora, para constituição de sua rede de serviço, fica caracterizada situação de exploração industrial.

Parágrafo único. Os recursos contratados em regime de exploração industrial serão considerados como parte integrante da rede da prestadora contratante, para fins de interconexão.

O regime de exploração industrial, portanto, permite a uma entrante alcançar o usuário final sem se valer da rede da *incumbent*. Cuida-se de uma aplicação prática da distinção entre infra-estrutura e rede. Embora a infra-estrutura seja da *incumbent*, a rede será da entrante. Dessa forma, supera-se o óbice do monopólio do acesso local.

O fato de o *unbundling* só ser obrigatório quando solicitado por prestadoras de STFC, todavia, cria um forte entrave ao acesso por outros serviços aos usuários finais. Em especial, é grande a probabilidade de a *incumbent* se negar ceder elementos de sua rede para uso industrial por prestadoras de outros serviços, quando esses outros serviços também puderem ser oferecidos pela *incumbent*. É o que ocorre, por exemplo, no provimento de serviço ADSL por meio da rede local. Esse serviço, até há pouco tempo, era enquadrado como

⁴² A Anatel colocou recentemente em consulta pública regulamentos que expandirão a obrigatoriedade de *unbundling* a outros serviços, além de fixarem os preços e condições para o compartilhamento (vide consultas públicas nº 544, 548 e 549, todas de 2004, disponíveis na página da Anatel na internet: www.anatel.gov.br).

sendo Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações – SRTT, que, junto com outros serviços, foi substituído pelo conceito mais abrangente do SCM. Uma vez que o ADSL não é considerado STFC, não está sujeito ao *unbundling* compulsório. Dessa forma, a prestadora de STFC que decida prestar SCM pode tornar inviável o acesso a seus usuários por seus concorrentes, por meio de sua rede local. Tendo em vista as particularidades da rede de suporte ao STFC, já discutidas, qualquer concorrente terá grandes desvantagens para alcançar os clientes já servidos pela rede de STFC. Nesse sentido, percebe-se que o caráter público da infra-estrutura das redes de acesso local por cabos, segundo a atual regulamentação, não está efetivamente vinculado à asseguuração da competição entre serviços, mas sim à necessidade de se garantir a prestação do serviço sujeito a obrigações de universalização e continuidade: o STFC. Recentemente, contudo, a Anatel colocou em consulta pública regulamentos que, aprovados, expandirão a obrigatoriedade do *unbundling* para outros serviços, dando uma nova concepção ao caráter público das redes de acesso local.

No caso da radiofrequência, a exigência de prévia licitação para a delegação de autorização de uso é, por um lado, garantia de isonomia no acesso à infra-estrutura de rede local – entre os outros usos possíveis para o espectro de radiofrequência. Todavia, por outro lado, uma vez delegado o uso da radiofrequência, não há mecanismos regulatórios a obrigar o seu compartilhamento – o que também acaba por restringir a concorrência. Exemplo de compartilhamento de radiofrequência ocorre com as chamadas *Mobile Virtual Network Operator* – MVNO, operadoras de telefonia celular que estabelecem suas redes por meio do uso industrial do espectro de radiofrequência de posse de outra operadora, já existentes em vários países da Europa e da Ásia.

Obviamente, tanto no caso da radiofrequência, quanto dos cabos, seu compartilhamento para uso industrial deve pressupor viabilidade técnica. Quando esta existe, porém, o compartilhamento deve ser incentivado, pois incentiva concorrência – um dos princípios da regulação no setor (arts. 2º, III, e 5º da LGT) – e aumenta a possibilidade de escolha do usuário – outro dos princípios aplicáveis à organização das telecomunicações (art. 3º, II, da LGT). Ademais, do ponto de vista

global, reduz os custos de implantação e manutenção da rede, uma vez que estes acabam por ser compartilhados por diversas empresas, o que, ao final, se traduz na possibilidade de ofertar o acesso a preços mais baixos.

6. Conclusão

A telecomunicação é um meio que proporciona comunicação direta mediante o uso de elementos técnicos que possibilitem troca instantânea de informações. Por se constituir um meio, ocupa função instrumental para a relação de comunicação que suporta, sem, contudo se confundir com a comunicação em si. Dessa forma, o regime jurídico das telecomunicações diz respeito à regulação dos meios de transmissão da informação, sendo que a informação propriamente dita é objeto da regulação das comunicações. Sendo assim, a regulação das telecomunicações pressupõe a regulação tanto das redes de telecomunicações, que constituem o meio propriamente dito para a transmissão de informações, como dos serviços de telecomunicações, que consistem na atividade de prover acesso às redes.

As redes de telecomunicações devem ser entendidas como um sistema de transporte de informações. Dessa forma, não basta a mera existência de uma infra-estrutura de suporte às telecomunicações para se configure uma rede: é necessário que essa infra-estrutura seja sistematicamente organizada. Por conseguinte, a rede não se confunde com a infra-estrutura que lhe dá suporte, seja essa infra-estrutura material (postes, dutos, fios, etc.), seja imaterial (programas e protocolos de computador).

As redes de telecomunicações, originalmente, eram vinculadas a determinados serviços, sendo estanques entre si. A evolução tecnológica, todavia, possibilitou que sobre uma mesma rede uma pluralidade de serviços seja prestada. Antevê-se, inclusive, a tendência de que as diversas redes existentes convirjam para uma só: a chamada *infovia*.

Disso decorre a necessidade de se separar o regime jurídico das redes do dos serviços. Uma vez que as redes de telecomunicações

dizem respeito tão somente ao transporte de informações, sua regulação não deve ponderar as utilidades fornecidas aos usuários. Ao revés, somente elementos técnicos devem ser considerados, de sorte a que possam as redes ser utilizadas no suporte ao maior número possível de serviços. Isso porque ao se regular tendo por pressuposto as utilidades fornecidas ao usuário, estar-se-á disciplinando não as redes, mas os serviços, e o resultado será a indesejável vinculação entre ambos.

Os serviços, por sua vez, não prescindem de uma rede que lhes dê suporte, uma vez que consistem justamente na atividade de prover acesso a uma rede. Assim, embora as redes não sejam vinculadas a determinados serviços, o inverso não é verdadeiro. A depender das características de uma rede, determinado serviço poderá ou não ser prestado. Nesse sentido, não basta que as redes sejam reguladas de sorte a que admitam uma pluralidade de serviços: é necessário que se garanta o acesso dos prestadores de serviço às respectivas redes de suporte.

Sob esse ponto de vista, a questão se concentra nas redes de acesso local, por serem aquelas em que a implantação se mostra mais custosa, e cuja duplicação é muitas vezes inviável. As infra-estruturas de suporte às redes de acesso local, no Brasil, em sua maioria se encontram sob domínio público. O caráter público dessas infra-estruturas deve se refletir em um regime jurídico propício ao implemento da competição, o que estimula outros objetivos da regulação setorial, a saber, a promoção da concorrência e da diversidade dos serviços (art. 2º, III, da LGT), bem como a garantia da liberdade de escolha do usuário (art. 3º, II, da LGT). Nesse sentido, mesmo as redes de suporte a serviços de interesse privado sofrem a incidência de um regime jurídico público, pautado no estabelecimento de vias integradas de livre circulação, tal como preconizado na LGT.

7. Bibliografia

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARMSTRONG, Mark, COWAN, Simon e VICKERS, John. **Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience**. London: MIT Press, 1994.
- ASUNCION TORRES LOPEZ, M^a. **Las comunicaciones móviles y su regimen jurídico – especial tratamiento de la Telefonía Móvil**. Madrid: Editorial Civitas, 1998.
- AZULAY NETO, Messod. **O novo cenário das telecomunicações no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2000.
- BARRADAS, Ovídio Cesar Machado e RIBEIRO, Marcello Peixoto. **Telecomunicações: sistemas analógico-digitais**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos/EMBRATEL, 1980.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BOTEIN, Michael. **Regulation of the Electronic Mass Media – Law and Policy for Radio, Television, Cable and the New Video Technologies**. 3rd. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1998.
- CERASOLI, Luiz Tito. *Telecomunicações no Brasil – uma revolução bem sucedida*. In: PLAZA, Crisanto e WOHLERS, Márcio (org). **Informe anual 2000: telecomunicações e tecnologias da informação**. São Paulo: CELAET/UNIEMP, 2000.
- DÍAZ BORDENAVE, Juan E. **O que é comunicação**. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 1999a.
- _____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 1999b.
- ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Communications Commission. **FCC Report & Order 96-325**. [on line] Disponível na internet via WWW.

URL: http://www.fcc.gov/ccb/local_competition/fcc96325.html
(Consultado em 17/06/01)

- FERNÁNDEZ-SHAW, Félix. **Organizacion Internacional de las Telecomunicaciones y de la Radiodifusion.** Madrid: Editorial Tecnos, 1978.
- FERNANDO PABLO, Marcos M. **Derecho General de las Telecomunicaciones.** Madrid: Colex, 1998.
- FERREIRA, Julio F. *As redes de telecomunicações e sua evolução.* In: PLAZA, Crisanto e WOHLERS, Márcio (org). **Informe anual 2000: telecomunicações e tecnologias da informação.** São Paulo : CELAET/UNIEMP, 2000.
- GELLER, Henry. *Encouraging Infrastructure Investment: A Comparative Study.* In: BELL, Tom W. e SINGLETON, Solveig (orgs.). **Regulators' Revenge: The Future of Telecommunications Deregulation.** Washington: CATO Institute, 1998.
- GONÇALVES, Pedro. **Direito das telecomunicações.** Coimbra: Almedina, 1999.
- GRECO, Marco Aurélio. **Internet e direito.** 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Têoria dos serviços públicos e sua transformação.* In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000.
- HUBER, Peter W. *A People's Constitution.* In: BELL, Tom W. e SINGLETON, Solveig (orgs.). **Regulators' Revenge: The Future of Telecommunications Deregulation.** Washington: CATO Institute, 1998.
- KAHN, Alfred E. *Resisting the Temptation to Micromanage: Lessons from Airlines and Trucking.* In: BELL, Tom W. e SINGLETON, Solveig (orgs.). **Regulators' Revenge: The Future of Telecommunications Deregulation.** Washington: CATO Institute, 1998.
- LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- MARQUES NETO, FLORIANO AZEVEDO. *Direito das telecomunicações e a ANATEL.* In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000a.
- _____. *A nova regulação estatal e as agências independentes.* In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000b.

- MEDAUAR, Odete (coord.). **Concessão de serviço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MENDES, Conrado Hübner Mendes. *Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- NASCIMENTO, Juarez do. **Telecomunicações**. São Paulo: Makron Books, 1992.
- PENEDO, Dílio e PINTO, José Roberto de Souza. *Convergência tecnológica e redes multisserviços*. In: PLAZA, Crisanto e WOHLERS, Márcio (org). **Informe anual 2000: telecomunicações e tecnologias da informação**. São Paulo: CELAET/UNIEMP, 2000.
- PLAZA, Crisanto. *Evolução das telecomunicações mundiais*. In: PLAZA, Crisanto e WOHLERS, Márcio (org). **Informe anual 2000: telecomunicações e tecnologias da informação**. São Paulo: CELAET/UNIEMP, 2000.
- PORTO NETO, Benedicto. *A Agência Nacional de Telecomunicações*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo : Malheiros, 2000.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva , 1996.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SPILLER, Pablo T. e CARDILLI, Carlo G. *The Frontier of Telecommunications Deregulation: Small Countries Leading the Pack*. In: BELL, Tom W. e SINGLETON, Solveig (orgs.). **Regulators' Revenge: The Future of Telecommunications Deregulation**. Washington: CATO Institute, 1998.
- SINGLETON, Solveig. *Mandatory Interconnection: The Leap of Faith*. In: BELL, Tom W. e SINGLETON, Solveig (orgs.). **Regulators' Revenge: The Future of Telecommunications Deregulation**. Washington: CATO Institute, 1998.

- SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000a.
- _____.(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.
- TAUKE, Tom. *Fulfilling the Intent of Congress under the Telecommunications Act of 1996*. In: BELL, Tom W. e SINGLETON, Solveig (orgs.). **Regulators' Revenge: The Future of Telecommunications Deregulation**. Washington: CATO Institute, 1998.
- TCHIKAYA, Blaise. **Le Droit International des Télécommunications**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás. **La obligación de interconexión de redes de telecomunicación**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

