

Anais
 I Seminário Internacional de Regulação de Serviços Públicos
 Universidade de Brasília – Università degli Studi Roma Tre – Universidade de Santa Cruz do Sul
 Organizadores dos Anais
 Márcio Iorio Aranha, Luis Gustavo Kaercher Loureiro, Jorge Reis, Rogério Gesta Leal
 (Publicado em Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007 - ISBN 978-85-7578-172-2)
 Realizado de 26 a 28 de junho de 2007, no Auditório Joaquim Nabuco, da Faculdade de Direito da
 UnB

*I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS:
 DIREITO COMPARADO DA ENERGIA ELÉTRICA E DAS TELECOMUNICAÇÕES*

ÍNDICE

DISPUTE RESOLUTION IN TELECOMMUNICATIONS: FAST TRACK OR DOUBLE TRACK.....	4
1. Introduction.....	4
2. The Dispute Settlement Procedure under the EC Framework Directive	5
3. Courts proceedings and other dispute settlement mechanisms	6
4. The Issues at Stake.....	7
5. Implementation In Italy: Mandatory or Directory Deadline?	7
6. Implementation in the United Kingdom: Institutional Co-operation between Competent Authorities	9
7. Implementation in France: Dispute Settlement Limited in Scope	10
8. Conclusions.....	11
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A AGÊNCIA REGULADORA DE TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRA	12
1. Introdução	12
2. Virtude Política	13
3. Fundamentos da reestruturação da Administração Pública brasileira na década de 1990: discussão ausente sobre o espaço público.....	14
4. Estrutura da ANATEL e liberdade política	16
5. Posicionamento institucional da ANATEL: contatos e atritos	23
6. Bibliografia	31
O PROBLEMA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL ENQUANTO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL E SUA CONTRA- PRESTAÇÃO EM FACE DA INCAPACIDADE FINANCEIRA DO USUÁRIO ...	33
I – Notas Introdutórias	33
II – O Serviço Público Essencial de energia elétrica e suas características constitutivas de fundamentalidade.....	33
III – Considerações finais	43
IV – Bibliografia	46
AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO DOS EUA	49
Introdução	49
Cap. 1: Fundamentos do Direito Americano	50

1.1. Origem histórica do direito dos EUA	50
1.2. A noção de regra do direito no direito dos EUA (legal rule).....	52
1.3. O direito jurisprudencial (case law, common law e equity)	52
1.4. O direito legislado (statute law).....	56
Cap. 2: Fundamentos do Direito Administrativo Americano	61
2.1. O desenvolvimento da Administração Pública e o surgimento de agências reguladoras.....	61
2.2. A definição de agência segundo o direito dos EUA	64
2.3. Competência executiva e competência quase-judicial (adjudatory authority)	69
2.4. Competência quase-legislativa (rulemaking authority)	75
Conclusão.....	82
Bibliografia	83
O PAPEL DO ÓRGÃO REGULADOR NA RESOLUÇÃO DE DISPUTAS ENTRE OPERADORAS DE TELECOMUNICAÇÕES: A ARBITRAGEM E A MEDIAÇÃO À LUZ DA EXPERIÊNCIA JAPONESA, INGLESA E AMERICANA	85
1. Introdução	85
2. Os métodos de resolução de disputas.....	87
2.1. Arbitragem	87
2.2. Mediação.....	89
3. Experiências estrangeiras de métodos de resolução de disputas conduzidos pelo órgão regulador	90
3.1. Japão	90
3.2. Inglaterra.....	93
3.3. Estados Unidos.....	95
4. Brasil.....	101
4.1. Mapeamento das possibilidades de atuação da ANATEL para dirimir disputas entre operadoras de telecomunicações.....	101
4.2. Propostas para o modelo brasileiro à luz do direito comparado	105
5. Conclusão.....	112
6. Bibliografia	113
6.1. Obras e publicações	113
6.2. Instrumentos normativos.....	115
AS DIRETIVAS EUROPÉIAS E O NOVO REGIME DE AUTORIZAÇÕES GERAIS	118
I. A convergência.....	118
II. O regulamento de SCM e o Projeto de Lei das Agências	123
III. O Novo Marco Regulatório Europeu	131
IV. Conclusão	137
V. Referências Bibliográficas	138
A AGÊNCIA FEDERAL DE REDES NA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA.....	141
1. Introdução	141
2. Evolução Histórica do Direito das Telecomunicações na Alemanha	141
2.1. Antes de 1949	141
2.2. De 1949 a 1989	143
2.3. A Primeira Reforma Postal	143
2.4. A Segunda Reforma Postal	144
2.5. A Terceira Reforma Postal.....	145
3. Do <i>RegTP</i> à <i>Bundesnetzagentur</i>	146

3.1. Razões para a criação da <i>Bundesnetzagentur</i>	147
3.2 Atribuições da <i>Bundesnetzagentur</i>	149
3.3 Estrutura da <i>Bundesnetzagentur</i>	150
4. Conclusão.....	151
5. Bibliografia	152
O PROCESSO DE COORDENAÇÃO E O DIREITO DE EXPLORAÇÃO DE SATÉLITE	153
1. Introdução	153
2. Do Procedimento para Obtenção do Direito de Exploração de Posição Orbital junto a UIT	153
3. Do princípio “First come, first served”	154
4. Do procedimento de coordenação.....	154
5. Do Procedimento para Notificação e inscrição no Registro Mestre da UIT.....	156
6. Da geração de <i>Paper Satellites</i>	157
7. Do Procedimento Interno para Obtenção de Direito de Exploração de Posição Orbital	157
8. A Figura do Direito de Exploração de Satélite e suas Características No Mundo Jurídico.....	157
9. O requerimento para obtenção do direito de exploração de satélite.	159
10. Do satélite estrangeiro.....	161
DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS DO CONTROLE EXTERNO SOBRE O SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA Alcance, mecanismos e fundamentos constitucionais do controle externo sobre a gestão dos serviços públicos delegados no setor elétrico.....	163
1. INTRODUÇÃO	163
2. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	163
3. O CONTROLE EXTERNO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS	177
4. ALGUNS CASOS RELEVANTES.....	194
5. AS DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS NO ÂMBITO DO TCU	201
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	227
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	229

DISPUTE RESOLUTION IN TELECOMMUNICATIONS: FAST TRACK OR DOUBLE TRACK

FABIO BASSAN*

SUMMARY

1. Introduction; 2. The Dispute Settlement Procedure under the EC Framework Directive; 3. Courts proceedings and other dispute settlement mechanisms; 4. The Issues at Stake; 5. Implementation In Italy: Mandatory or Directory Deadline?; 3. Implementation in the United Kingdom: Institutional Co-operation between Competent Authorities; 4. Implementation in France: Dispute Settlement Limited in Scope; 5. Conclusions.

1. INTRODUCTION

Directive 2002/21/EC of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (so-called "Framework Directive"), including telecommunications, media and information technologies lays down relevant tasks and the respective procedures for the national regulatory authorities in the field of dispute settlement. The Framework Directive is part of the so-called "Telecommunications Package Reform". As a matter of fact, after the initial liberalization limited to the fixed lines (started in 1998 and lasted five years), the European Commission enacted a second phase of the reform with the aim to foster competition in telecommunications.

Directives are European legislation enacted by the Council with the participation of the Parliament and/or the Commission which are addressed directly to Member States and bind them as to the end to be achieved – leaving some choices to the form and method to implement them.

Many Member States have implemented the Framework Directive within the deadline of 24 July 2003, while each of them has decided different forms and methods. As will be seen, some Member States have resolved to repeat the wording of the Directive, while others have deemed it necessary to specify it in connection with the national legal system.

National provisions implementing European directives leave therefore broader space for interpretation at the implementation and at the enforcement stage. Among the issues raised during the first three years of coming into force, we shall consider the issue of dispute settlement among telecommunications operators.

* Professor of European Law, Roma Tre University

2. THE DISPUTE SETTLEMENT PROCEDURE UNDER THE EC FRAMEWORK DIRECTIVE

Taking into account the relevance, both in terms of functioning of the system and economics involved, of disputes between operators of electronic communications and the need for quick and efficient dispute settlement mechanisms, the Framework Directive assigns to the national regulatory authorities (“NRA”) the competence to “*issue a binding decision to resolve the dispute in the shortest possible time frame and in any case within four months except in exceptional circumstances*” (article 20, s. 1)¹.

The binding decision issued within four months by the NRA shall enforce all obligations arising from the Framework Directive as well as those from the four so-called Specific Directives² and shall aim to achieve the objectives set out in article 8 of the Framework Directive³. Specific reference

¹ Article 20 - Dispute resolution between undertakings –

1. *In the event of a dispute arising in connection with obligations arising under this Directive or the Specific Directives between undertakings providing electronic communications networks or services in a Member State, the national regulatory authority concerned shall, at the request of either party, and without prejudice to the provisions of paragraph 2, issue a binding decision to resolve the dispute in the shortest possible time frame and in any case within four months except in exceptional circumstances. The Member State concerned shall require that all parties cooperate fully with the national regulatory authority.*

2. *Member States may make provision for national regulatory authorities to decline to resolve a dispute through a binding decision where other mechanisms, including mediation, exist and would better contribute to resolution of the dispute in a timely manner in accordance with the provisions of Article 8. The national regulatory authority shall inform the parties without delay. If after four months the dispute is not resolved, and if the dispute has not been brought before the courts by the party seeking redress, the national regulatory authority shall issue, at the request of either party, a binding decision to resolve the dispute in the shortest possible time frame and in any case within four months.*

3. *In resolving a dispute, the national regulatory authority shall take decisions aimed at achieving the objectives set out in Article 8. Any obligations imposed on an undertaking by the national regulatory authority in resolving a dispute shall respect the provisions of this Directive or the Specific Directives.*

4. *The decision of the national regulatory authority shall be made available to the public, having regard to the requirements of business confidentiality. The parties concerned shall be given a full statement of the reasons on which it is based.*

5. *The procedure referred to in paragraphs 1, 3 and 4 shall not preclude either party from bringing an action before the courts.*

² Namely: (i) Directive 2002/20/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on the authorisation of electronic communications networks and services (Authorisation Directive), (ii) Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive), (iii) Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive), (iv) Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector.

³ Previously NRAs had competence limited to resolve only disputes relating to interconnection and access - see article 17 of Directive 97/33/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997 on interconnection in telecommunications with regard to ensuring universal service and interoperability through application of the principles of open network provision (ONP). Under the

is made to the settlement of disputes concerning access, interconnection and transfer of subscriber lists⁴.

3. COURTS PROCEEDINGS AND OTHER DISPUTE SETTLEMENT MECHANISMS

The dispute settlement mechanism before the NRAs set under the Framework Directive does not give them any adjudicatory power similar to the competence of local courts and tribunals. In fact most of the Constitutions in the Member States ban the establishment of special or *ad hoc* tribunals.

It follows that if the NRAs are not in the same position as national courts, they may be subordinated to them. The settlement before the NRAs would therefore not prevent the parties to bring legal proceedings and the national courts could stop the NRAs' procedure. As a result, operators have open both procedures and may recourse either to the national court/arbitration or to the NRAs.

The Directive makes it expressly clear that the recourse to the NRA does not prevent *per se* any right of legal action before the courts (article 20, s. 5). The two tracks remain separate and distinct: on one hand the competence of the NRA, on the other hand the legal protection provided by law or contract.

Ultimately, the Directive does not state the relation between the two proceedings: as to what are the effects of one to the other in terms of procedure (which one is to be opened first) and of decision (which one prevails).

As to alternative dispute resolution mechanisms, the Framework Directive acknowledges the freedom of the parties to determine the preferred mechanism of dispute settlement (e.g. conciliation, arbitration, mediation), therefore leaving to the Member States the discretion to decide whether the NRA may decline the request for resolution when the parties have agreed upon alternative mechanisms which would better contribute to the timely resolution of the dispute (article 20, s. 2).

Should the preferred alternative mechanism not bring to a solution within four months, and provided that no judicial proceedings has been brought about the NRA could be referred back by either parties in order to obtain a binding decision.

Conclusively, NRAs competence is not mandatory: it may be derogated when alternative settlement mechanisms are available; nor it is exclusive: parties can always bring their dispute to court. The dispute settlement

Framework Directive NRAs have competence to resolve any dispute in connection with all obligation arising under the new directives (the Framework and the Specific directives).

⁴ Cfr. recital No. 32 of Directive 2002/21/EC.

mechanism provided under the new directive aims at providing operators a “fast track” before the NRA, in its quality of highly specialized regulatory body.

4. THE ISSUES AT STAKE

Expressly, the provision under article 20, s. 5, that “*the procedure [...] does not preclude either party from bringing an action before the courts*” suggests the availability to operators of a “double track” given by NRA and national/arbitration courts.

The lack of co-ordination between legal proceedings and NRA procedure and the broad language of article 20⁵ give rise to the risk for a conflict between the decision of the national/arbitration court and the decision of the NRA to occur.

In addition to that, lacking any express provision in the Framework Directive, disputable is also the extent of the NRAs’ competence to decide on disputes between operators and the scope of the participation of the interested operators to the settlement procedure.

Such inconsistencies have given rise to diverging approaches by Member States – not always aware of the consequences of implementing legislation – which leave open several issues of fundamental importance in the sectoral regulation.

5. IMPLEMENTATION IN ITALY: MANDATORY OR DIRECTORY DEADLINE?

Recent judicial and administrative proceedings brought about in Italy during the last year have evidenced that the above described provisions do not provide a sufficient co-ordination between proceedings before the NRA and before the national/arbitration courts.

Article 20 of the Framework Directive has been – remarkably without other change than the elimination of the wording “except in exceptional circumstances” referred to the four months deadline for the NRA to take a binding decision - implemented in Italy by article 23 of the Legislative Decree No. 259 of 1 August 2003 (the so called “Electronic Communications Code”). The inconsistencies underlined above have been then slavishly repeated in the Italian system⁶.

⁵ While the Framework Directive states quite clearly that the parties cannot have recourse back to the NRA when they have previously filed an action before national/arbitration courts (cfr. article 20, s. 5 of the Directive), there is no express provision governing the case when the parties file an action (i) before or after the NRA has been referred or (ii) before the NRA has been referred back with the request to decide on the dispute. Disputable is also the case when the NRA has no power to decline the request to decide on the basis of alternative mechanisms.

⁶ *Article 23 - Dispute resolution between undertakings*

The first issue raised by litigating operators has been whether the four months time limit provided under s. 1 and s. 2 of article 23 of the Code is mandatory, *i.e.* whether pending the four months deadline parties are prevented to file a suit in the national courts and whether AGCom (the Italian regulatory authority) loses its power to decide and parties can finally go to national/arbitral courts after the deadline has expired.

The language nor of the Framework Directive neither of the Code allow to maintain that the NRA is subject to a mandatory time limit to decide within four months. On one hand the Directive takes into account “*exceptional circumstances*” where the NRA can deviate from the deadline, and on the other hand there is no sanction for breach of the deadline.

AGCom has upheld such an interpretation that the four months time limit is merely directory in the decision 16/06/CIR, which settles – even if only in part – a dispute between Fastweb s.p.a. and Telecom Italia s.p.a. on reverse termination tariffs. While deciding on the admissibility of the request of Fastweb s.p.a., AGCom has maintained that there is no reason that the AGCom loses its power to decide when it exceeds the four months time limit, because the parties are free to obtain redress before courts.

Such position of AGCom leaves at least a major doubt on the nature and on the scope of the settlement procedure before the Authority. Rather than an highly specialized adjudication requested by one of the parties, the settlement is finally considered as an administrative proceeding which can always be superseded by the courts⁷.

Reference should be made to s. 5 of article 23 of the Italian Electronic Communications Code (mirroring the same wording of s. 5 of article 5 of the Framework Directive) whereby the parties can bring an action before the courts regardless of the procedure before AGCom.

1. In the event of a dispute arising between undertakings providing electronic communications networks or services, in connection with obligations arising under this Code, the Authority shall, at the request of either party, and without prejudice to the provisions of paragraph 2, issue a binding decision to resolve the dispute in the shortest possible time frame and in any case within four months.

2. The Authority shall decline to resolve a dispute through a binding decision, where the parties have agreed other dispute settlement mechanisms, in accordance with article 13. The Authority shall inform the parties without delay of its decision. If after four months the dispute is not resolved by the parties, and if the dispute has not been brought before the courts by the party seeking redress, the Authority shall issue, at the request of either party, a binding decision to resolve the dispute in the shortest possible time frame and in any case within four months.

3. In resolving a dispute, the Authority shall take decisions aimed at achieving the objectives set out in Article 13. Any obligations imposed on an undertaking by the Authority in resolving a dispute shall respect the provisions of this Code.

4. The decision of the Authority shall be fully reasoned and published on the official bulletin and the web page of the Authority, having regard to the requirements of confidentiality, and shall have effect starting from the date it is communicated to the interested parties.

5. The procedure referred to in paragraphs 1, 3 and 4 shall not preclude either party from bringing an action before the courts.

⁷ See, PESCE, *Tutela Giurisdizionale*, in CLARICH, CARTEI, *Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche*, Milano 2004, p. 449.

As pointed out above, the “double track” of legal and AGCom proceedings appears not only possible but rather inevitable when the dispute involves strongly motivated litigants. So it is the likeliness of a conflict between the respective decisions.

So far, nor the Consiglio di Stato (the higher instance in adjudicating administrative action), nor the Corte di Cassazione (higher instance in civil matters) have decided on the prevalence of the one over the other, although the apparent lack of co-ordination has already given rise to a number of admissibility claims.

6. IMPLEMENTATION IN THE UNITED KINGDOM: INSTITUTIONAL CO-OPERATION BETWEEN COMPETENT AUTHORITIES

Chapter 3 of Part 2 of the Communications Act 2003 implements in the United Kingdom the relevant provisions of the Framework Directive: whereby disputes between communications providers relating to obligations on the provision of networks and services are referred to OFCOM.

Article 186 provides OFCOM with the right to decline the request to resolve a dispute when alternative settlement means to regulatory intervention exist and are available which are consistent prompt and satisfactory with the objectives of regulation.

When the dispute is referred to OFCOM, OFCOM must make its determination no more than four months after referral – except in exceptional circumstances (article 188). If OFCOM exceeds these deadlines, it will state the reason for the delay (§ 15 of the Guidelines for the Handling of Competition Complaints, and Complaints and Disputes about Breaches of Conditions Imposed under the EU Directives 2004).

UK regulation does not provide any sanction against OFCOM or the litigating operators for exceeding the four-months deadline – which is then to be considered directory rather than mandatory – but by requiring a full reasoning for delay indeed takes the deadline seriously into account.

On the other hand, article 187 reiterates the possibility described by the Framework Directive of a “double track”: reference to OFCOM is never to prevent judicial action. Still there remains the possibility of a conflict between the decision of OFCOM and that of the judicial authorities.

Nevertheless, with this respect article 187 provides a certain degree of co-ordination between judicial and OFCOM proceedings. While the right to bring legal proceedings is generally not affected by referral of the same dispute to OFCOM, there is a possibility that the court orders OFCOM to stay and suspend its procedure.

In a sense the “double track” is overcome by simple co-ordination and dialogue between the authorities involved, in so far the courts can order OFCOM to stay and OFCOM has a duty to do so.

7. IMPLEMENTATION IN FRANCE: DISPUTE SETTLEMENT LIMITED IN SCOPE

The dispute settlement procedure handled by the French regulatory authority called ARCEP appears to be much limited in scope. According to article 36-8 of the Mail and Electronic Communication Code, recourse to the ARCEP is admitted only in case of denial of either access or interconnection, failure of negotiations on access or interconnection agreements.

Unlike in Italy or in the UK, the scope is expressly limited to the cases where the handling of the dispute between operators by ARCEP involves highly technical issues and were therefore the highly specialization of ARCEP can really bring a *plus*.

ARCEP too is subject to a deadline to decide of maximum four months, which can be extended to six months only in exceptional cases.

No express reference is done to the possibility of a “double track” between ARCEP and ordinary justice. Reference should be made to the language of article 34-8 of the French Code, whereby interconnection and access are qualified like agreements between private parties. As a consequence, all disputes arising from or in connection with interconnection or access agreements can be referred to the ordinary civil courts.

Accordingly, the French Constitutional Council has expressly held that *“submitting the dispute to the authority by either party is optional; in the case that operators choose not to submit to the case to the ART [now ARCEP], the claim must be brought, depending on each specific case, either before the Competition Council and, in the case of a decision is challenged, before the Appeal Court of Paris, or before the Competent Court”* and therefore *“it does not disregard the constitutional value principal claimed by the parties submitting a case to the court”*⁸.

While no mention is made to the prevalence of either the ARCEP procedure or the court proceedings, the strict definition of the scope of the ARCEP procedures should limit recourse to judicial courts on highly technical issues.

With this respect, a special emphasis should be placed on the competence to know of ARCEP decisions according to article 36-8 assigned to the Court of Appeal of Paris and derogating to the competence of the administrative courts. The Constitutional Council has maintained that the dispute settlement competence of the regulatory authority affects the

⁸ Cfr. Conseil Constitutionnel, Ruling No. 86-224 DC of 23 January 1987.

execution of (among others: interconnection and access) agreements which would otherwise fall under the competence of the Court of Appeal⁹.

8. CONCLUSIONS

As seen above, the NRAs cannot and do not impose obligations other than those arising from the Framework Directive itself – such as the decisions imposing restrictive measures on operators having significant market power. Such circumstance may reveal that the intervention of the NRAs at the stage of dispute settlement has eventually a regulatory nature. The same obligations and powers granted by the Framework and other Directives of the ‘telecommunications package’ are exercised by NRAs together with the parties involved in order to reach a regulatory pattern which is effective and accepted.

Criticisms continue on the issue of the lack of co-ordination between NRAs’ and national/arbitration procedures. The issue is not actually on the agenda of the EC Commission, as far as it concerns the review of implementation and enforcement of the Framework and of the Specific Directives¹⁰. Nevertheless, there are strong arguments that it shall be taken into high consideration in the next wave of revision of the EC regulation.

⁹ Cfr. Conseil Constitutionnel, Ruling No. 96-378 DC of 23 July 1996.

¹⁰ The attention has rather been attracted by the judicial praxis to suspend NRAs’ decisions, once they are appealed before court.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A AGÊNCIA REGULADORA DE TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRA

Márcio Iorio Aranha*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Virtude política. 3. Fundamentos da reestruturação da Administração Pública brasileira na década de 1990: discussão ausente sobre o espaço público. 4. Estrutura da ANATEL e liberdade política. 5. Posicionamento institucional da ANATEL: contatos e atritos. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

As estruturas de regulação apelidadas de *agências reguladoras*, que se apresentaram no ordenamento jurídico brasileiro sob esta nomenclatura a partir de meados da década de 1990, embora sua presença pontual possa ser identificada já na década de 1960, abrem a expectativa de novas abordagens, dentre elas, a referente ao incremento da participação social na fixação dos destinos de um setor de atividades de interesse público. Não por outra razão, a apresentação institucional das comissões setoriais do modelo norte-americano de regulação vem gravada com a preservação ostensiva de espaços de manifestação dos interessados antes da tomada de posicionamento da agência¹, algo presente também no modelo brasileiro de regulação por intermédio dos institutos da *consulta pública* e da *audiência pública*. Tais mecanismos de abertura à participação social, entretanto, não podem, por si só, significar a abertura de espaço de manifestação da *virtude política* nos setores regulados. A pergunta sobre a existência de *espaços públicos* em setores regulados somente pode ser respondida mediante a análise da estrutura institucional das agências reguladoras brasileiras e da pesquisa sobre o nível de emancipação política dos partícipes da regulação de um setor em específico. O presente estudo se destina a cumprir o itinerário de averiguação do espaço aberto à virtude política no setor de

* Professor de Direito Constitucional e Administrativo da UnB. Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UnB. Coordenador do Grupo de Direito Setorial da Faculdade de Direito da UnB. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB.

¹Em explanação ao Congresso norte-americano, o presidente da FCC demonstra o cuidado com o registro e publicidade na construção das decisões da agência para implementação do *Telecommunications Act* de 1996: “*This allowed us to have 100 percent of the initial comments filed on diskette in the Interconnection proceeding available online within one day of the end of the comment period. This meant that parties outside the Beltway could immediately have access to these comments with the same speed as a Washington lobbyist -- and without the expense of paying the FCC's copying contractor. On issues of particular interest to the Internet community, we have opened electronic mailboxes to receive informal comments, although our rules currently prevent us from accepting formal comments via e-mail. To correct that deficiency, last month we announced that we will soon begin a proceeding to eliminate outdated restrictions on electronic comment filing.*” (UNITED STATES OF AMERICA. U.S. House of Representatives. Subcommittee on Telecommunications and Finance Committee on Commerce. **Implementation of the Telecommunications Act of 1996.** Statement of Reed. E. Hundt, Chairman of the Federal Communications Commission, July 18, 1996 [on line] Disponível na internet via WWW. URL: <http://www.fcc.gov/Reports/reh71896.html>. Consultado em 14/08/2004).

telecomunicações brasileiro frente ao parâmetro adotado nos Estados Unidos da América.

2. VIRTUDE POLÍTICA

Ação política e opinião não são delegáveis ao mecanismo democrático da representação popular, pois elas não se cristalizam antes do engajamento na discussão², ou seja, antes da participação efetiva perante os argumentos. Ação política e opinião são, portanto, projetadas necessariamente para fora das limitadas instituições de governo como também para fora de instituições da sociedade civil pretensamente reunidoras da virtude política³. Neste ponto, a *representação* conflita com a *ação e participação*.⁴ A invasão do domínio público pela sociedade corrói os valores originariamente políticos e os substitui por valores sociais, que certamente estão ligados a decisões políticas, mas quando se sobrelevam ao jogo político, anulam as garantias de persistência do espaço de exercício da cidadania.⁵

“Este governo é democrático na medida em que o bem-estar popular e a felicidade pública são os seus principais objetivos; mas ele pode ser chamado de oligárquico no sentido em que a felicidade pública e a liberdade pública se tornaram, de novo, o privilégio de poucos.”⁶

Com isso, não se quer dizer que o Estado deva abrir mão de deliberações políticas de cunho social. Significa tão-somente que este não é um tema que resuma a vida pública, ou seja, que a deliberação política de cunho social, quando pretende representar o conceito global da vida pública, idolatra uma “sociedade que tem pervertido todas as virtudes [políticas] em valores sociais”⁷, recaindo no grande erro da Revolução Francesa de procurar “a emancipação do povo não *qua* cidadãos do futuro, mas *qua malheureux*”⁸; de “confundir felicidade pública e bem-estar

²“Neste sistema, as opiniões do povo são certamente indetermináveis, pela simples razão de que não existem. As opiniões são formadas num processo de discussão aberta e de debate público” (ARENDDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Trad. I. Morais, Lisboa: Relógio D’Água Editores, 2001, p. 331. [Original: *On revolution*, 1963]). No mesmo sentido, embora restringindo ao âmbito individual do parlamentar a formação do *juízo* em oposição à *opinião*, a memorável resposta de Burke aos eleitores de Bristol: “Vosso representante deve a vós não somente sua indústria, senão seu juízo, e vos atraiçoa, em vez de vos servir, se se sacrifica a vossa opinião.” (BURKE, Edmund. *Discurso aos eleitores de Bristol*. In: PORTO, Walter Costa (coord.). **A representação**. Brasília: Fundação Projeto Rondon e Ministério da Educação, s/a, p. 20).

³“A opinião pública, devido à sua unanimidade, provoca uma oposição unânime, e deste modo mata as opiniões verdadeiras em toda a parte (...). [A opinião pública unânime significa] a morte de todas as opiniões” (ARENDDT, Hannah. Op. cit., p. 278-281).

⁴Cf. ARENDDT, Hannah. Op. cit., p. 336.

⁵*Liberdade pública, felicidade pública ou espírito público* foram suplantados pela ausência da recordação do ato fundador da república norte-americana: “O que deles restou neste país [EUA], após o espírito revolucionário ter sido esquecido, foram liberdades civis, o bem-estar individual do maior número e a opinião pública como a principal força que governa uma sociedade democrática igualitária.” (ARENDDT, Hannah. Op. cit., p. 272). No momento da pressão para deliberação de bem-estar, o votante atua sob “imprudente coação com que um chantagista força a sua vítima à obediência [mais do que sob] o poder que provém da ação e da deliberação conjuntas” (ARENDDT, Hannah. Op. cit., p. 331).

⁶ARENDDT, Hannah. Op. cit., p. 332.

⁷ARENDDT, Hannah. Op. cit., p. 340.

⁸ARENDDT, Hannah. Op. cit., p. 135.

privado”⁹, dando-se razão à afirmação de Tocqueville da primeira metade do século XIX de que “quem procura na liberdade outra coisa que ela própria, foi feito para a servidão”¹⁰. A política não é o espaço de libertação das necessidades da vida. Ela é justamente uma das necessidades da vida¹¹ na sua representação política (de *persona*); é o chamamento para o desempenhar de mais um papel.¹²

Quando da inserção das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro, sua presença carregou consigo a perspectiva de que, além de uma instituição de encaminhamento das questões sociais de eficiência das atividades controladas e de garantia da competição para o fim de melhores serviços e menores tarifas, algo exclusivamente afeto à função estatal de preservação de valores sociais, as agências também se apresentariam como espaços para discussão pública, e, portanto, em espaço apto ao exercício da liberdade política. Em que medida a agência modelar do setor de telecomunicações brasileiro expressa tais funções de cunho social e político? Esta a questão de fundo deste estudo, que estará sendo respondida aqui por intermédio da análise estrutural da Agência Nacional de Telecomunicações e de seu posicionamento institucional. Em outras palavras, a estrutura desenhada para a ANATEL e a sua presença institucional abrem espaço para ambientação da virtude política?

3. FUNDAMENTOS DA REESTRUTURAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA NA DÉCADA DE 1990: DISCUSSÃO AUSENTE SOBRE O ESPAÇO PÚBLICO

Embora não se possa comumente detectar políticas governamentais pela mera remissão a documentos formais, há um documento representativo de orientação governamental coincidentemente aprovado no ano das principais reformas

⁹ARENDDT, Hannah. Op. cit., p. 157.

¹⁰TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. 4ªed., trad. Yvonne Jean, Brasília: Editora UnB, 1997, p. 160.

¹¹Atente-se para o fato de que a concepção da liberdade política como uma necessidade da vida, não significa resumi-la a uma necessidade, pois, em termos hegelianos, o aspecto de necessidade de que se reveste a liberdade política não elimina, ao contrário, possibilita a consciência da liberdade política como uma decisão do querer em integrar verdadeiramente uma comunidade política de iguais, ou seja, não é uma submissão à contingência, mas um reconhecimento da igualdade. Ser, ao mesmo tempo, uma submissão às contingências e uma emancipação é o conteúdo de fundo da noção de liberdade em sua natureza dialética hegeliana. Quando a consciência da liberdade política amadurece, vendo a realidade das coisas como reflexos de uma comunidade de iguais, surge a liberdade emancipada das contingências como razão que passa a definir e julgar a necessidade dos bens do mundo. Entendendo que nenhum bem é absolutamente necessário em face da infinita extensão da unidade, “a razão (...) dá vontade o poder de eleger o que esta queira” (PECCI, Giocchino [Papa Leão XIII]. *Literae encyclicae: libertas*. Santa Sé: s/e, 1888, § 3º. Do original: “La ragione (...) concede alla volontà il potere di scegliere ciò che preferisce”). A liberdade, então, passa a ser o reconhecimento da possibilidade da opção; da desvinculação entre os objetos materiais e a satisfação da necessidade da alma. Enfim, quando a liberdade se apresenta, em si, como necessidade de compartilhar a realidade, é porque já está liberta dela.

¹²O trecho a seguir é esclarecedor da necessária salvaguarda do domínio político da questão social: “Todo o domínio tem a sua original e mais legítima fonte no desejo do homem se emancipar a si próprio das necessidades da vida, e os homens alcançaram tal libertação por intermédio da violência, forçando os outros a suportarem o fardo da vida por eles. Isto foi o âmago da escravatura e foi apenas o aparecimento da tecnologia, e não o aparecimento das idéias políticas como tais, que refutou a velha e terrível verdade de que apenas a violência e o domínio sobre os outros poderia tornar alguns homens livres. Nada, podemos dizê-lo hoje, poderia ser mais obsoleto do que tentar libertar a humanidade da pobreza [não da miséria] por processos políticos; nada seria mais vão e mais perigoso. (...) O resultado [da Revolução Francesa] foi que a necessidade invadiu o domínio político, o único domínio em que os homens podem ser verdadeiramente livres.” (ARENDDT, Hannah. Op. cit., p. 139).

constitucionais autorizadoras das alterações estruturais operadas na década de 1990 no Brasil. Trata-se do conhecido *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado* elaborado pelo então *Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado*, aprovado pela *Câmara de Reforma do Estado*, em 21 de setembro de 1995, e ratificado pelo Presidente da República, em novembro do mesmo ano. A data de aprovação, entretanto, encobre o início de sua implementação.¹³

Em dito plano, propõe-se a criação de *agências autônomas* com a finalidade de obtenção de maior eficiência quanto às atividades exclusivas do Estado e de *maior governança*¹⁴ para *modernização da gestão*¹⁵. Como um dos *objetivos do núcleo estratégico*, consta a supervisão dos *contratos de gestão com as agências autônomas*¹⁶, que derivariam das *autarquias e fundações que possuem poder de Estado*¹⁷, curiosamente, o único ato não implementado para todas as agências pelo Governo de Fernando Henrique Cardoso e que, no novo Governo Lula, vem como o diferencial para solução da excessiva autonomia das agências frente aos respectivos ministérios supervisores.¹⁸

O fato é que o caráter *mediador* das agências reguladoras vem enunciado de forma periférica. Elas não foram criadas como projetos de dinamização de espaço público. No máximo, fala-se do papel de *coordenação* desempenhado pelo ente regulador, mas de coordenação do aspecto principal, qual seja, a regulação, o controle de setor pelo Estado.¹⁹ Por isso, a dificuldade evidente de tratar das virtudes políticas

¹³“O ‘Plano’, que já está sendo posto em prática em várias de suas dimensões, é resultado de ampla discussão no âmbito da Câmara da Reforma do Estado” (CARDOSO, Fernando Henrique. *Apresentação*. p. 2. In: BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Novembro de 1995).

¹⁴“ou seja, maior capacidade de governar, maior condição de implementar as leis e políticas públicas” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Novembro de 1995, item 6 – Objetivos, §5º).

¹⁵Cf. BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Novembro de 1995, item 8.1.2 – Agências Autônomas, §1º.

¹⁶Cf. BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Novembro de 1995, item 6.2 – Objetivos para o Núcleo Estratégico, §3º.

¹⁷Cf. BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Novembro de 1995, item 6.3 – Objetivos para as Atividades Exclusivas, §1º).

¹⁸Relatório de Grupo de Trabalho Interministerial sobre as agências reguladoras de 2003 identificou como *ponderação de natureza econômica*, que os “contratos de gestão ou desempenho podem somar-se aos instrumentos de controle social, principalmente para acompanhar a implementação de ‘metas de transparência’, contribuindo ainda para a melhoria da eficiência regulatória”. O documento revela a função do contrato de gestão: a “formalização da relação entre a administração direta e as agências” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. Brasília, dezembro de 2003, p. 13). Além destas conclusões do Grupo Interministerial, uma das questões colocadas quando de sua criação pelo Presidente da República foi “a necessidade de fortalecimento dos Ministérios com respeito às atribuições básicas de planejamento e formulação de políticas públicas na esteira da reorientação do papel do Estado nos últimos dez anos (do Estado-produtor para o Estado-regulador)” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Exposição de motivos do Projeto de Lei nº. 3.337**. Brasília, 12 de abril de 2004).

¹⁹A definição a seguir é esclarecedora da condição periférica atribuída a agência enquanto espaço mediador em nome da homenagem às atividades de controle desempenhadas pela agência como reflexo das funções estatais: “O poder regulador é o agrupamento de regras, orientações, medidas de controle e valoração que permitem o exercício do controle social de atividades de serviços públicos, *coordenados por um ente regulador* que deve poder trabalhar todas as medidas e indicações essenciais ao ordenamento do mercado e à gestão eficiente do serviço concedido, mantendo, entretanto, um grau significativo de flexibilidade que possibilite o ajustamento às diversas particularidades que se configuram” – grifos nossos (GASPARINI, Melissa Ferreira. **A livre concorrência na prestação de serviços de telecomunicações**. São Paulo: UNESP, 2002, p. 92).

nas agências quando vistas sob o enfoque de sua criação: a síntese de sua existência no seu caráter *regulador*, entendida a regulação como aspecto de intervenção unilateral, de controle, de exercício do poder de Estado. O caráter prestacional do Estado-produtor, tal como aparece no documento governamental citado, renova-se no chamado Estado-Regulador. A diferença está apenas no produto prestado: deixa de ser um conjunto de bens de necessidade imediata e passa a ser uma atividade de controle para otimização do processo produtivo de tais necessidades de bem-estar. Daí decorre a dificuldade de se falar em espaço público quando se parte do pressuposto de que a finalidade dos órgãos estatais ditos reguladores é de regular não no sentido de intermediar, mas no sentido de direcionar, de controlar, de estabelecer regras de conduta dos tutelados. A referência de dito documento à *regulação pública da economia* como *intervencionismo* é representativa do enfoque da regulação a partir de seu caráter controlador em detrimento do aspecto libertário de espaço de discussão.²⁰ Não se vê no referido Estado-Regulador um diferencial senão na compreensão de que não se presta à produção, mas ao controle de atividades. Seus atos, entretanto, permanecem como atos *do* Estado, ao invés de atos da sociedade *no* Estado. São atos que transparecem não o resultado de um diálogo, mas decisão de autoridade.

4. ESTRUTURA DA ANATEL E LIBERDADE POLÍTICA

O vício de origem das estruturas introduzidas na Administração Pública brasileira em meados de 1990, pautadas que foram na idéia de substituição de um Estado-Prestador por um Estado-Regulador não menos prestador, mas identicamente tutelar, não impedem a análise do organismo da Agência Nacional de Telecomunicações em busca de espaços de libertação política.

A definição estrutural da Agência Nacional de Telecomunicações decorre de sua lei regente, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), que estipula no seu Livro II, Título I, referente à criação do órgão regulador do setor de telecomunicações, a instituição da ANATEL como entidade da Administração Pública Federal indireta submetida a regime autárquico especial e supervisionada pelo Ministério das Comunicações, mas com independência²¹ ou *autonomia reforçada*²² para implementação das políticas públicas definidas pelo Poder Executivo para o setor. A referência a dita independência para tomada de decisões dirige-se, exclusivamente, às limitações estruturais hierárquicas da Administração Pública Federal, não existindo menção legal às pressões sociais sobre as decisões da agência. Não houve, portanto, preocupação, na reestruturação do setor de telecomunicações brasileiro da década de 1990, quanto à abertura de espaço público, algo evidente na exposição de motivos encaminhada ao Congresso Nacional pelo Executivo quando do Projeto de Lei para aprovação da Lei Geral de Telecomunicações. Nele, os únicos

²⁰O Estado Regulador não é visto como espaço conciliador, mas como *árbitro das atividades privadas*. Conferir, para tanto: ANDRADE, Rogério Emilio de (coord.). **Regulação Pública da Economia no Brasil**. Campinas: Edicamp, 2003.

²¹Lei 9.472/97: “Art. 8º (...) §2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.”

²²O termo “autonomia reforçada” parece mais apropriado para a descrição do espaço de opções decisórias dos órgãos reguladoras brasileiros. Conferir, para tanto: ARAGÃO, Alexandre. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2ªed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 331 e seguintes.

motivos que *ditariam* a reestruturação do setor teriam sido: “a) a globalização econômica; b) a evolução tecnológica; c) a rapidez das mudanças no mercado e nas necessidades dos consumidores.”²³. O que mais se aproximou da valorização da *persona política* refere-se à proteção dos direitos do sujeito não enquanto cidadão, mas enquanto sujeito de direitos do consumidor e, portanto, como sujeito identificado a partir de suas necessidades e não de sua virtude política, enfim, de sujeito que sorve bem-estar garantido pelo Estado a partir da qualidade de bens e serviços ofertados. Esta constatação também é evidente quando da eleição dos objetivos da reforma do setor sintetizados na *introdução da competição* e na *universalização do acesso*.²⁴ Propõe-se universalizar o bem telecomunicacional e não a discussão sobre telecomunicações.²⁵

A despeito destas constatações de invisibilidade do espaço público na fundamentação governamental de criação da ANATEL, sua estrutura foi cogitada como apta a servir de espaço mediador da discussão política. Embora não direcionada ao fim primeiro, nem mesmo expresso, de espaço de exercício da virtude política, a agência teve sua alegada característica de transparência decisória entendida como “condição indispensável ao adequado controle de sua atuação pela sociedade”²⁶. Ao mesmo tempo, e com maior ênfase, dita pretensão vinha expressa no acordo comercial de Marrakesh da Rodada Uruguaia de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, de 1994, como condição para atratividade de investimentos. Mesmo partindo-se da primeira das justificativas à dita transparência pautada numa suposta pactuação social, ao invés de se partir do enunciado de Marrakesh, o aspecto de controle de competências atribuída à agência se preordena a uma eventual função de mediação da discussão política. A postura esperada do cidadão é a de vigilância sobre os *resultados* esperados da agência.²⁷ Não se reconhece ao cidadão o poder de pautar o tema da discussão política, mas o de controlar se os temas previamente pautados foram conduzidos e definidos segundo as atribuições normativas do Estado e os nortes de universalização do acesso e competição do setor.

²³BRASIL. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **Exposição de motivos da Lei Geral de Telecomunicações**. E. M. nº 231/MC, Brasília, 10 de dezembro de 1996, seção I, item 4.

²⁴Constam como detalhamento dos dois objetivos principais da reforma do setor de telecomunicações de meados da década de 1990 no Brasil: fortalecer o papel regulador do Estado e eliminar seu papel de empresário; aumentar e melhorar a oferta de serviços; em um ambiente competitivo, criar oportunidades atraentes de investimento e de desenvolvimento tecnológico e industrial; criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País, que seriam cumpridas pelo aumento de cobertura do serviço no território nacional; maximizar o valor de venda das empresas estatais de telecomunicações sem prejudicar os objetivos anteriores. Conferir, para tanto: BRASIL. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **Exposição de motivos da Lei Geral de Telecomunicações**. E. M. nº 231/MC, Brasília, 10 de dezembro de 1996, seção II, item 2.

²⁵“A idéia de universalização do acesso contempla duas situações genéricas: serviços de telecomunicações individuais, com níveis de qualidade aceitáveis, devem ser fornecidos, a tarifas comercialmente razoáveis, dentro de um prazo razoável, a qualquer pessoa ou organização que os requisitar; outras formas de acesso a serviços de telecomunicações devem ser fornecidas, em localizações geográficas convenientes, a tarifas acessíveis, àquelas pessoas que não tiverem condições econômicas de pagar tarifas comercialmente razoáveis por serviços individuais.” (BRASIL. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **Exposição de motivos da Lei Geral de Telecomunicações**. E. M. nº 231/MC, Brasília, 10 de dezembro de 1996, seção II, item 3).

²⁶BRASIL. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **Exposição de motivos da Lei Geral de Telecomunicações**. E. M. nº 231/MC, Brasília, 10 de dezembro de 1996, seção III.

²⁷“Sem embargo do controle mediante processo, indissociável da atuação do Estado no exercício de suas funções normativas e ordenadoras, deve ser encarecida a importância do controle por resultados” (BRASIL. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **Exposição de motivos da Lei Geral de Telecomunicações**. E. M. nº 231/MC, Brasília, 10 de dezembro de 1996, seção III).

Neste aspecto, a exposição de motivos da lei regente das telecomunicações no Brasil segue o foco do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de “localização das ações nas necessidades do cidadão”²⁸. O foco é de aperfeiçoamento da relação entre administração estatal e cidadão para fins de verificação da qualidade dos serviços e não para o fim de reposicionamento da Administração Pública frente ao indivíduo para exercício de sua virtude política. Bastaria, por este enfoque, que o cidadão, que praticamente se confunde com o usuário dos serviços regulados, informasse os problemas dos serviços e restaria completa sua função na relação. Não é chamado a dialogar sobre o significado político do serviço no contexto social nem mesmo sobre o momento político que se abre. A atuação estatal continua focada na prestação de utilidades e parte do pressuposto de que a satisfação do sujeito-usuário resume-se ao seu bem-estar²⁹ e este não é um problema da agência, mas da sociedade, que não reconhece o potencial que a agência desperta para o exercício da virtude política. A característica de libertação política como participação e voz nos rumos sociais aparece obscurecida pela força da ordem de *adequação*³⁰ dos serviços de telecomunicações às demandas do usuário-consumidor.

Há, entretanto, a presença de referência pontual na justificativa oficial de reforma do setor de telecomunicações no Brasil, que revela direcionamento de atuação estatal garantidora do *meio* telecomunicacional para um fim maior de intercomunicabilidade social. O *meio* telecomunicacional serve, segundo a exposição de motivos encaminhada juntamente com o projeto de lei originador da Lei Geral de Telecomunicações brasileira de 1997, ao fim de “integração da sociedade”³¹. Decerto, o documento não se refere à *sociedade mundial*³² mas à *sociedade nacional*. Não se apresenta como objetivo da regulação do setor, por exemplo, direcioná-lo para “o

²⁸BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Novembro de 1995, item 8.1.2. O foco do plano diretor é o aperfeiçoamento das “relações entre os órgãos da Administração Pública e os cidadãos (...) atendendo à diretriz do Projeto de Reforma do Estado, de localização das ações nas necessidades do cidadão”.

²⁹Os argumentos do Plano Diretor são claros no reforço da apresentação do Estado como eliminador dos obstáculos para alcance de bem-estar. Os argumentos principais se cingem a afirmações do tipo: “as filas são a praga do atendimento público ao cidadão” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Novembro de 1995, item 8.2.1.)

³⁰As referências do ordenamento jurídico brasileiro refletem a preocupação principal com a qualidade dos serviços regulados. “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: (...) IV – a obrigação de manter serviço adequado” (Constituição Brasileira de 1988). “Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. §1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas. §2º. A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.” (Lei Geral de Concessões – Lei 8.987/95).

³¹BRASIL. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **Exposição de motivos da Lei Geral de Telecomunicações**. E. M. nº 231/MC, Brasília, 10 de dezembro de 1996, seção I, item 3.

³²A *sociedade mundial* é a sociedade *sem Estado mundial* e *sem governo mundial*. Ela evidencia uma convivência global desorganizada no seu culto à diversidade e à indeterminação na ausência de um poder hegemônico ou regime internacional econômico ou político e, ao mesmo tempo, de ausência de identificação do sujeito com um lugar determinado da modernidade até hoje cultuado como nacional. Fala-se, então, de uma sociedade *topoplural* não-territorial, não-integrada, não-exclusiva. Cf. BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 185.

essencial de sua missão”³³: a compreensão e a fraternidade entre os homens em sua dimensão universal. Não demonstra, portanto, inclinação direta à globalização informativa como meio de interconexão global além fronteiras, entretanto busca a orientação do setor de telecomunicações à interconexão da sociedade nacional. Sob este enfoque, o setor vê-se dirigido a um fim, que pode ser encarado como voltado à constituição de um espaço público de discussão gerado pelos serviços de telecomunicações, mas não um espaço público existente na discussão sobre o setor.

A estrutura da ANATEL pode fornecer outras pistas à identificação do espaço público. Esta detém, como instância máxima, um *Conselho Diretor* formado por cinco integrantes indicados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal³⁴ com projeção de mandatos iguais de cinco anos não coincidentes para todos os conselheiros³⁵. Abaixo do Conselho Diretor, vêm expressamente enunciados:³⁶ Conselho Consultivo; Procuradoria; Corregedoria; Biblioteca; e Ouvidoria. Destes, interessam especificamente o Conselho Consultivo e a Ouvidoria.

Ao Conselho Consultivo é reservada a condição de “órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência”³⁷, pelo que é integrado por doze representantes indicados para mandatos não remunerados de um, dois ou três anos, de forma paritária, pelo Senado Federal (2 conselheiros), pela Câmara dos Deputados (2 conselheiros), pelo Poder Executivo (2 conselheiros), por entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações (2 conselheiros), por entidades representativas dos usuários (2 conselheiros), por entidades representativas da sociedade (2 conselheiros) para nomeação por Decreto do Presidente da República.³⁸ Seu presidente é eleito em escrutínio secreto por seus pares e para mandato de um ano.³⁹

O Conselho Consultivo da ANATEL tem competência genérica para requerer informações e fazer proposições sobre todas as questões de competência do Conselho Diretor da agência, estipulando-se prazo máximo de 60 dias para cumprimento dos seus requerimentos pelo Presidente do Conselho Diretor.⁴⁰ Detém, ainda, competência específica expressa para⁴¹: a) opinar sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas de universalização e demais políticas governamentais

³³LEPRINCE-RINGUET, Louis. *Aspects humains et sociaux des telecommunications*. p. 1.1.2.4. In: ITU. **World Telecommunication Forum: technical symposium**. Genebra: ITU, 6 a 8 de outubro de 1975, p. 1.1.2.1-1.1.2.4. Tradução livre do original: a técnica das telecomunicações “*peut, étant bien utilisée, fournir un apport décisif à la compréhension, à la fraternité, entre les hommes. C’est là l’essentiel de sa mission*”.

³⁴Compete privativamente ao Senado Federal aprovar previamente, por voto secreto, e após arquição pública, a escolha de “titulares de (...) cargos que a lei determinar” (art.52, III, *f*, da Constituição brasileira de 1988). A Lei Geral de Telecomunicações brasileira (Lei 9.472/97) determina a apreciação pelo Senado Federal da indicação do Presidente da República para ocupação de cargo de Conselheiro da ANATEL (art.23, *caput*, da Lei 9.472/97).

³⁵Lei 9.472/97: “Art. 24. O mandato dos membros do Conselho Diretor será de cinco anos, vedada a recondução”; “Art. 25. Os mandatos dos primeiros membros do Conselho Diretor serão de três, quatro, cinco, seis e sete anos, a serem estabelecidos no decreto de nomeação”.

³⁶Lei 9.472/97: “Art. 8º. (...) §1º A Agência [Nacional de Telecomunicações] terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.”

³⁷Art. 33, *caput* da Lei 9.472/97.

³⁸Art. 34, *caput* da Lei 9.472/97 e arts. 36 e 37, I a VI do Regulamento da ANATEL aprovado pelo Decreto 2.338, de 7 de outubro de 1997.

³⁹Art. 39, *caput* do Regulamento da ANATEL aprovado pelo Decreto 2.338, de 7 de outubro de 1997.

⁴⁰Art. 44, *caput* do Regulamento da ANATEL aprovado pelo Decreto 2.338, de 7 de outubro de 1997.

⁴¹Art. 35, I, II, III e IV da Lei 9.472/97.

de telecomunicações, antes do encaminhamento das propostas pelo Conselho Diretor da ANATEL ao Ministério das Comunicações; b) aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço em regime público; c) apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor. Caso, entretanto, o Conselho Consultivo não aprecie os dois primeiros itens em até quinze dias da data marcada para sua deliberação, consideram-se aprovados.⁴²

O modelo formal apresentado sobre o Conselho Consultivo da ANATEL transparece alguns problemas práticos, que começam pela deformação da representação paritária. Os ocupantes das duas cadeiras reservadas a entidades representativas da sociedade são, em geral, representantes das empresas de telecomunicações⁴³, que já ocupam duas cadeiras reservadas às entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações. Algo distinto ocorre com as cadeiras reservadas à representação específica dos usuários ocupadas, na prática, preferencialmente por pessoas ligadas a ONGs e entidades oriundas de associações locais de usuários.⁴⁴ Quanto à representação de classe das prestadoras, há costumeira divisão das duas cadeiras entre operadoras móveis e fixas de telefonia.⁴⁵

O Conselho Consultivo passou a funcionar a partir de sua primeira reunião ocorrida em 17 de fevereiro de 1998 mediante assinatura dos termos de posse de seus membros e encaminhamento, pelo Presidente do Conselho Diretor da ANATEL, da minuta do *Plano Geral de Outorgas* para apreciação e opinião pelos membros do Conselho Consultivo. A análise da minuta do Plano Geral de Outorgas foi, de fato, implementada, gerando propostas de alteração de seus dispositivos e da minuta do Plano Geral de Metas de Universalização. As alterações propostas evidenciaram, todavia, o frágil posicionamento do usuário e da sociedade nas discussões sobre ditos planos, restringindo-se a propostas de amenização e esclarecimento das obrigações das concessionárias de serviços de telecomunicações.⁴⁶

⁴²Art. 42, parágrafo único do Regulamento da ANATEL aprovado pelo Decreto 2.338, de 7 de outubro de 1997.

⁴³Tomando por base janeiro de 2004, uma das cadeiras de conselheiro destinadas a entidades representativas da sociedade vinha ocupada pelo Presidente do Conselho da Administração da Ericsson Telecomunicações S/A e seu Diretor Presidente até 1996, Carlos de Paiva Lopes, enquanto a outra cadeira destinada a entidades representativas da sociedade vinha ocupada pelo Presidente da Telemar Tele Norte Leste Participações S/A, José Fernandes Pauletti, exercendo as funções de Vice-Presidência do Conselho Consultivo da ANATEL. (Fonte: ANATEL).

⁴⁴Também tendo como base janeiro de 2004, um dos conselheiros representantes dos usuários, Edilson Soares da Silva, era o Coordenador-Geral do Conselho de Defesa da Cidadania Uberlandense e Coordenador Assistente da ONGDECID/Brasil. O outro conselheiro, Cleófas Ismael de Medeiros Uchôa, era Presidente da Associação Brasileira de Telecomunicações, membro do Conselho de Administração da Tess S/A e membro do Conselho Curador do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações do CPqD. (Fonte: ANATEL).

⁴⁵Em janeiro de 2004, as cadeiras reservadas a representação de classe das prestadoras vinham divididas entre o Diretor de Assuntos Institucionais do Grupo Telefônica de São Paulo, José Expedito Prata, e o Presidente da Associação Nacional dos Prestadores de Serviço Móvel Celular (ACEL), Luiz Alberto Garcia. (Fonte: ANATEL).

⁴⁶Conferir, a respeito: BRASIL. ANATEL. **Ata da Reunião n.º 002, do Conselho Consultivo**. Brasília: Conselho Consultivo da ANATEL. 02 de março de 1998 [on line] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.anatel.gov.br/index.asp?link=/biblioteca/atas/ConselhoConsultivo/atacc_02.htm?Cod=1359 (Consultado em 21/04/2005) e Ata da Reunião n.003 do Conselho Consultivo da ANATEL, de 29 de abril de 1998 URL:

http://www.anatel.gov.br/index.asp?link=/biblioteca/atas/ConselhoConsultivo/atacc_03.htm?Cod=1359 (Consultado em 21/04/2005). Na ata n.002, por exemplo, se propõe o alargamento dos direitos das prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado concedido para permitir a implantação, expansão e operação dos troncos, redes e centrais de comutação não somente necessários mas indiretamente úteis à

O prazo exíguo para discussão das propostas também foi e é um dificultador da ampliação do debate público no âmbito do Conselho Consultivo, cuja transparência de atuação não tem ofuscado os demais procedimentos da agência em tramitação nos seus órgãos decisórios. Aliás, a própria estrutura de superintendências da ANATEL revela o predomínio de questões técnicas em prejuízo de orientações gerais de participação social. Até julho de 2001, o segundo escalão da ANATEL resumia-se às superintendências de serviços públicos, de serviços privados, de serviços de comunicação de massa, de radiofrequência e fiscalização e de administração geral representantes dos nichos de serviços de telecomunicações. Com o novo Regimento Interno da agência aprovado pela Resolução 270, de 19 de julho de 2001, foi criada a Superintendência de Universalização, persistindo, entretanto, como um órgão vinculado à presidência executiva da Agência, a Assessoria de Relações com os Usuários. Se sob o ponto de vista estrutural nem mesmo o usuário tem a ele dedicado um espaço proeminente, sob o ponto de vista de posicionamento dos interessados em geral, a Lei Geral de Telecomunicações, ao estipular deveres do poder público (art.2º) e direitos e deveres do usuário (art.3º), passa ao largo de qualquer menção à participação social em flagrante visualização da Agência como espaço de garantia de bem-estar, de bons serviços demandados pela população; não como espaço de discussão para consolidação de consciência política e de conseqüente ponderação das opções políticas do setor.

Por sua vez, a Ouvidoria da ANATEL vem apresentada pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT) juntamente com a Corregedoria, no âmbito de regras de *controle*.⁴⁷ Nos termos do art. 45 da LGT, cabe ao Ouvidor, que é nomeado pelo Presidente da República para o mandato de dois anos, admitida uma recondução, emitir, semestralmente, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, para encaminhamento ao seu Conselho Diretor, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, bem como para publicação no Diário Oficial da União e para arquivamento na Biblioteca da ANATEL, de acesso geral. Para viabilização desta função, garante-se ao Ouvidor, o “acesso a todos os assuntos”⁴⁸ e o “direito de assistir às sessões e reuniões do Conselho Diretor, inclusive as secretas, bem como de acesso a todos os autos e documentos”⁴⁹ de processos tramitados ou em tramitação na ANATEL. Esta conformação mais aberta da Ouvidoria lhe permite apresentar-se como espaço acessível a temas levantados pelos usuários dos serviços como também por “representantes da sociedade acerca dos serviços”⁵⁰. Para ela parecem confluir os contingentes sequiosos por um espaço de projeção da voz de cada pretendente a partícipe político, tanto que há reiteradas referências nos relatórios semestrais do Ouvidor sobre o que designa de “vazio

prestação do serviço. Tal proposta não foi assimilada na redação final do art. 2º do Plano Geral de Outorgas.

⁴⁷O art. 45, contido no Título IV, da administração e controle, da Lei Geral de Telecomunicações brasileira (Lei 9.472/97), é o único dispositivo da lei que fala especificamente das atribuições da Ouvidoria.

⁴⁸Art. 45, parágrafo único da Lei Geral de Telecomunicações brasileira (Lei 9.472/97).

⁴⁹Art. 51, *caput* do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto n.2.338, de 7 de outubro de 1997.

⁵⁰BRASIL. ANATEL. OUVIDORIA. **Relatório semestral**. Brasília: ANATEL, agosto a dezembro de 2003. p. 8. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/conheca_anatel/ouvidoria/relatorio_ouvidoria_ago03dez03.pdf (Consultado em 21/04/2005).

constitutivo reinante na Agência em relação à institucionalização de um espaço público aberto à participação social”⁵¹.

Disso decorre que, dos órgãos citados, é a Ouvidoria que se revela como instância que ecoa o clamor de participação social, mas não se apresenta ela mesma como o espaço pretendido. Ela é um dos veículos de sensibilização política do Congresso Nacional sobre questões gerais de funcionamento da ANATEL perante, por exemplo, a Comissão de Serviços de Infra-Estrutura do Senado Federal⁵² ou a Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados e sua Subcomissão Permanente de Telecomunicações e Informática.

A estrutura do Congresso Nacional brasileiro pertinente às telecomunicações é diretamente controlada por duas comissões principais do Senado e da Câmara, quais sejam, respectivamente, a Comissão de Serviços de Infra-Estrutura, que não é dividida em subcomissões⁵³, e a Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, subdividida em Subcomissão Permanente de Telecomunicações e Informática e Subcomissão Permanente de Comunicação de Massa⁵⁴. Não se esgota nelas, entretanto, a possibilidade de discussão de temática relativa às telecomunicações. No Senado, a Comissão de Assuntos Sociais⁵⁵ pode requerer informações do setor sobre questões de meio ambiente; a Comissão de Assuntos Econômicos⁵⁶ pode requerer informações do setor sobre tributação; a Comissão de Educação⁵⁷ trata diretamente de conteúdo de cinema, comunicação e informática; a Comissão de Fiscalização e Controle⁵⁸ fiscaliza os programas do Governo no plano setorial; e a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional⁵⁹ pode averiguar as relações do Brasil com a UIT. Por parte da Câmara dos Deputados, além da evidente competência da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, a Comissão de Defesa do Consumidor detém competência para tratar de quaisquer assuntos que afetem a economia popular ou que signifiquem abuso do poder econômico, bem como pode tratar do tema do bem-estar do consumidor em geral, inclusive dos usuários de serviços de telecomunicações; a Comissão de Educação e Cultura⁶⁰ prevê sua atuação em assuntos que pertinem a direito de manifestação do pensamento e de comunicação; a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional⁶¹ detém a mesma configuração de seu similar no Senado Federal;

⁵¹BRASIL. ANATEL. OUVIDORIA. **Relatório semestral**. Brasília: ANATEL, agosto a dezembro de 2003. p. 8. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/conheca_anatel/ouvidoria/relatorio_ouvidoria_ago03dez03.pdf (Consultado em 21/04/2005).

“A Agência engasga-se para se converter em espaço eminentemente público, revelando insuficiente dedicação para exercitar os mecanismos de controle social. Falta-lhe o senso da alteridade em reconhecer no usuário dos serviços de telecomunicações o “outro”, o que pressupõe o estabelecimento da confluência de um “conhecer” e de um “conviver”. Contribui, assim, para perseverar a sensação de que o ambiente regulatório, sob o prisma da cidadania e das entidades civis, é uma equação sem homogeneidade, que solicita a presença mais forte da sociedade.” (p. 9).

⁵²Cf. Requerimento SF RQS 00668/2000, de 15/12/2000, da Comissão de Serviços de Infra-Estrutura do Senado Federal, dirigido ao Ministro das Comunicações, para esclarecimento de questões levantadas em relatório da Ouvidoria da ANATEL.

⁵³Cf. Regimento Interno do Senado Federal, art. 104, I.

⁵⁴Cf. Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 32, II, c, d, g, h, i e j.

⁵⁵Cf. Regimento Interno do Senado Federal, art. 100, III.

⁵⁶Cf. Regimento Interno do Senado Federal, art. 99, IV.

⁵⁷Cf. Regimento Interno do Senado Federal, art. 102, III.

⁵⁸Cf. Regimento Interno do Senado Federal, art. 102-A, I.

⁵⁹Cf. Regimento Interno do Senado Federal, art. 103, VI.

⁶⁰Cf. Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 32, VII, c.

⁶¹Cf. Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 32, XI, a e c.

a Comissão de Trabalho, de Administração e de Serviço Público⁶² controla a prestação de serviços públicos em geral e seu regime jurídico, e, por pouco, as telecomunicações não entram também na competência da Comissão de Viação e Transportes. As comissões do Congresso Nacional, no entanto, não se apresentam como comissões atuantes no dia-a-dia da agência reguladora e não são foro privilegiado para a aprovação de indicações de conselheiros pelo Presidente da República.

5. POSICIONAMENTO INSTITUCIONAL DA ANATEL: CONTATOS E ATRITOS

A partir da criação da Agência Nacional de Telecomunicações, as competências executivas de *formulação de políticas públicas* – políticas *setoriais ou governamentais* – e de *organização e exploração dos serviços de telecomunicações* foram cindidas, cabendo, as primeiras, aos órgãos diretos do Executivo e do Legislativo – Presidência da República, Ministério das Comunicações e Congresso Nacional – e, as últimas, à agência reguladora. A legislação brasileira deixa transparecer, inclusive, distinção entre atividade de *política setorial* e atividade propriamente *reguladora*.⁶³

A prática da relação institucional entre o formulador de políticas públicas e seu aplicador tem sido tensa. O período de finais de 2003 a meados de 2004 é especialmente revelador desta tensão, quando pareceram aflorar as diferenças de dois governos⁶⁴ sobre a distribuição de competências entre agências e ministérios do Poder Executivo. Este momento será encarado como representativo das tensões institucionais entre ANATEL e Ministério das Comunicações, pois nele se consolidou a discussão parlamentar de projeto de lei presidencial que propôs a alteração do regime de todas as agências reguladoras do país no que diz respeito à distribuição de competências entre agência e ministério supervisor.

Acusações de que o governo estaria transparecendo esforços de aumento do *controle político* sobre as agências em geral⁶⁵ em contradição a relatório

⁶²Cf. Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 32, XIII, s.

⁶³Os dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) que esclarecem tais distinções são: art.1º, *caput* (“Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações”); Livro II (“Do Órgão Regulador e das Políticas Setoriais); art. 19, I e XXVIII (“À Agência compete (...) I – implementar (...) a política nacional de telecomunicações; XXVIII – elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor); art. 22, III (“Compete ao Conselho Diretor: III – propor o estabelecimento e alteração das políticas governamentais de telecomunicações”); art. 26, §1º (“Sem prejuízo do que prevêem a lei penal e a lei da improbidade administrativa, será causa da perda do mandato a inobservância, pelo conselheiro [do Conselho Diretor da ANATEL], dos deveres e proibições inerentes ao cargo, inclusive no que se refere ao cumprimento das políticas estabelecidas para o setor pelos Poderes Executivo e Legislativo”); art. 35, I (“Cabe ao Conselho Consultivo: I – opinar, antes de seu encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização dos serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações”).

⁶⁴Trata-se dos Governos dos presidentes Fernando Henrique Cardoso, que ocupou a Presidência da República por dois mandatos seguidos (1º/01/1995 a 1º/01/1999 e 1º/01/1999 a 1º/01/2003) e que, no seu segundo mandato, instituiu a ANATEL, e Luís Inácio Lula da Silva, seu sucessor (1º/01/2003 a 1º/01/2007), que se apresentou, no período de campanha eleitoral, como oposição ao governo anterior.

⁶⁵Cf. EDITORIAL. *O governo invade as agências*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Quinta-feira, 4 de dezembro de 2003, p. 1-2. “O governo deu mais um passo para o controle político das agências reguladoras, com a indicação do engenheiro Pedro Jaime Ziller para ocupar uma vaga no conselho

interministerial sobre as agências reguladoras do país⁶⁶ vinham contrastadas por propaganda governamental voltada a demonstrar intenção oposta de fortalecimento da autonomia das agências reguladoras.⁶⁷ As tensões entre governo e agência, e mesmo as tensões internas do governo,⁶⁸ vieram à tona com a destituição do então presidente da ANATEL do cargo de diretor-presidente em janeiro de 2004⁶⁹, e conseqüente pedido de demissão de seu cargo de conselheiro, fato que foi qualificado como “golpe branco no sistema de agências reguladoras”⁷⁰. Havia, então, dúvidas sobre a

diretor da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). O indicado (...) já é considerado em meios políticos e administrativos de Brasília um forte candidato à sucessão de Luiz Guilherme Schymura na presidência da Anatel. Essa e outras escolhas parecem confirmar o que o governo nega, isto é, que o Executivo pretende subordinar as agências, autarquias e empresas de governo ao comando político dos ministérios e do Palácio do Planalto, mesmo com prejuízo do caráter técnico das decisões e da segurança das regras aplicadas a diversos mercados”.

⁶⁶Cf. CALDAS, Suely. *Agências – o passo atrás do PT*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Domingo, 11 de janeiro de 2004; DANTAS, Fernando. *Mudança na Anatel contradiz relatório*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Sexta-feira, 9 de janeiro de 2004.

⁶⁷Cf. RACY, Sônia. *Agências: regra impede demissão*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Terça-feira, 27 de janeiro de 2004. Trata-se de matéria jornalística que afirma estar tramitando proposta da Casa Civil do Governo brasileiro para proibição de exoneração do Presidente das agências reguladoras por ato do Presidente da República com o fim de “mostrar claramente que pretende que as agências reguladoras sejam realmente autônomas. As últimas ingerências dos ministros do governo Lula nas agências deixaram a forte impressão nos mercados financeiros e nos potenciais investidores em setores regidos por essas agências, de que não há liberdade de decisão autônoma. Uma legislação forte e coerente traria de volta a confiança atraindo novamente investimentos nos setores de energia, telecomunicações, gás e petróleo” (p. 2). A dubiedade da proposta foi traduzida na seguinte matéria: FROUFE, Célia; PALHANO, André. *Agências mantêm poder, diz a Casa Civil, mas o poder concedente volta aos ministérios, segundo o subchefe Luiz Alberto dos Santos*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Sábado, 17 de janeiro de 2004.

⁶⁸Cf. CUNHA JÚNIOR, Melchíades. *Dubiedade do governo afasta investimentos, diz Mendonça*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Quarta-feira, 4 de fevereiro de 2004.

⁶⁹“A troca de comanda na Anatel, após 12 meses de trombadas entre Schymura e o ministro das Comunicações, Miro Teixeira (PDT), representa uma vitória do grupo do pedetista. ‘Foi uma substituição amistosa’, amenizou Miro. A crise, agravada nas últimas 48 horas, não se resumia a uma questão técnica: escancarava a divergência entre a equipe econômica, que defende menor intervenção sobre as agências reguladoras, e os articuladores políticos de Lula, favoráveis a um controle maior na área. (...) A decisão de trocar Schymura [Luiz Guilherme Schymura, então presidente da ANATEL] foi tomada reservadamente na segunda-feira, mas o governo ainda avaliava as conseqüências do ato e contornava resistências por parte da equipe econômica. (...) O ministro [das Comunicações] tinha sérios atritos com ele desde que a Anatel aumentou as tarifas telefônicas, no início do ano passado, ignorando seus apelos em sentido contrário. (...) Até agora, Schymura vencera a queda-de-braço dentro do governo com o apoio dos secretários do Tesouro, Joaquim Levy, e de Política Econômica, Marcos Lisboa. (...) O núcleo político do governo, porém, sempre defendeu maior controle sobre as agências reguladoras.” (RAMOS, José; ROSA, Vera. *Planalto destituiu presidente da Anatel*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Editorial. Quarta-feira, 7 de janeiro de 2004).

⁷⁰RAMOS, José. *O alvo do golpe na Anatel*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Editorial. Quinta-feira, 8 de janeiro de 2004. “O fato de o presidente Lula ter dado ao ministro das Comunicações, Miro Teixeira, o escalpo do presidente da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Luiz Guilherme Schymura, como prêmio de consolação por seu anunciado afastamento do Ministério, é o aspecto mais saliente – e menos relevante – de um episódio de suma gravidade. O pedido de demissão arrancado a fórceps do presidente da Anatel (...) representa, antes de mais nada, um momento decisivo no projeto petista de acabar com a autonomia das agências reguladoras, principalmente as das áreas de energia elétrica (Aneel), petróleo (ANP) e telecomunicações. A retomada do controle governamental sobre esses setores (...) começou a ser arquitetada antes ainda da posse de Lula. Entre a eleição e a investidura, o então líder do seu partido na Câmara, Walter Pinheiro, foi o primeiro a sinalizar esses desastrosos intentos, ao dizer que todos os conselheiros das três agências precisariam se demitir, porque o País estava em vias de ter um novo presidente (...). A comissão interministerial formada para reformar o modelo concluiu, porém, que a independência das agências deveria permanecer intocada. Deixando evidente que isso não seria obstáculo à idéia de colocar-lhes rédeas, o ministro da Casa Civil, José

competência da destituição por ato presidencial⁷¹ e temor de que a destituição de diretor-presidente de uma das agências mais fortes do Brasil abrisse caminho à fragilização dos mandatos dos demais conselheiros ou diretores de agências⁷², que poderiam sofrer pressões governamentais para sua demissão à semelhança do que já ocorrera com o Banco Central na década de 1960.⁷³

Dirceu (...) produziu dois anteprojetos destinados, em suma, a enquadrar as agências. Elas passariam a operar no regime de contrato de gestão com o Executivo. (...) Para a diretoria da ANP, o presidente Lula indicou o deputado Haroldo Lima, do PC do B. E para a diretoria da Anatel, o secretário de Telecomunicações, o ex-sindicalista Pedro Jaime Ziller de Araújo, com o confessado objetivo de ‘fiscalizar’ a agência. (...) Some-se a isso o novo modelo energético (...) e está traçado o quadro de reestatização administrativa em que se empenha entusiasticamente a Casa Civil. (...) Além disso, Lula deu a Ziller um mandato de 1 ano, como pretende que venham a ser os dos demais presidentes – outra transparente manobra para desvertebrar as agências.” (idem, *ibidem*).

⁷¹A tese defendida e aplicada pelo governo brasileiro foi a de que a caberia ao Presidente da República a livre nomeação e exoneração dos presidentes, diretores-presidentes ou diretor-geral das agências. Somente o cargo de conselheiro ou diretor da agência seria intocável por ato unilateral e discricionário do Presidente da República. “O ministro das Comunicações, Miro Teixeira, enfatizou que o presidente da República tem o direito legal de substituir a qualquer momento o presidente da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Segundo o ministro, o que é garantido pela lei é o mandato de conselheiro, não o cargo de presidente da agência. Por isso, segundo Miro, ‘a qualquer momento, o presidente (da Anatel) pode ser substituído’.” (MARQUEZ, Nélia; RAMOS, José. *Nomear presidente da Anatel é direito de Lula, diz governo*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Quarta-feira, 7 de janeiro de 2004). A Lei 9.986/2000 revogou o art.31 da Lei Geral de Telecomunicações, que previa mandato de 3 anos para o Presidente do Conselho Diretor da ANATEL, mas este argumento, embora pontual e específico para o setor de telecomunicações não pareceu obstaculizar sua extensão aos demais setores: “A decisão de destituir Luiz Guilherme Schymura da presidência da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) abriu caminho para que o presidente Luiz Inácio Lula da Silva faça o mesmo com dirigentes de outros órgãos reguladores. ‘Não há mais dúvida jurídica: é possível destituir presidentes de agências que têm mandato de conselheiro’, disse ontem um dos interlocutores de Lula.” (ROSA, Vera; RAMOS, José; M. G. *Diretores de outras agências poderão cair*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Sexta-feira, 9 de janeiro de 2004). O partido do governo anterior (PSDB) ameaçou questionar judicialmente a destituição do cargo de diretor-presidente da ANATEL, mas voltou atrás em face da renúncia conseqüente, por parte do então diretor-presidente da ANATEL inclusive do cargo de conselheiro. Manteve, entretanto, o desejo de esclarecer se em outros casos, seria possível a interrupção de mandato de conselheiro ou diretor de agência por ato unilateral do Presidente da República: “‘Vamos perguntar à Justiça se em casos futuros, não havendo concordância de um outro doutor Schymura em deixar o cargo a pedido do presidente da República, também poderá haver a interrupção de seu mandato’, explicou o líder [do PSDB]. Virgílio disse que se a Justiça opinar pela inexistência da autonomia das agências, e consequentemente da independência de seus dirigentes, o PSDB vai trabalhar no Congresso para recuperar ‘o espírito das agências reguladoras’.” (COSTA, Rosa. *PSDB recua e não vai mais à Justiça contra mudança na Anatel*. **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Agestado-notícias. Quinta-feira, 8 de janeiro de 2004).

⁷²“A presidente da Associação Brasileira das Agências Reguladoras (ABAR), Maria Augusta Feldman, disse hoje que os dirigentes das instituições estão preocupados com a destituição do presidente da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Segundo ela, há o temor inclusive de que o governo não pare na mudança de presidentes, e possa lutar para mudar conselheiros antes do vencimento de seus mandatos, que são garantidos por lei. Ela disse que é difícil para um dirigente de agência não ceder a um apelo de uma autoridade para que renuncie ao seu mandato. ‘Eu conclamo todos os dirigentes a, se houver pedidos dessa ordem, se mantenham no exercício dos seus mandatos (...)’, pediu a presidente da ABAR. (...) Maria Augusta afirmou que a troca de Luiz Guilherme Schymura [antes do término de seu mandato] trouxe instabilidade não só às agências, mas também ao mercado. ‘Isso consolida a idéia original, que eu pensava esquecida, de atrelar as agências ao Ministério’, criticou.” (RAMOS, José. *Saída de Schymura preocupa associação de agências*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Agestado-notícias. Quarta-feira, 7 de janeiro de 2004).

⁷³“Para o economista Affonso Celso Pastore, ex-presidente do Banco Central (BC), o presidente Luiz Inácio Lula da Silva agiu como o marechal Arthur da Costa e Silva (...). Pastore lembra que Roberto Campos e Octavio Gouvêa de Bulhões, ministros econômicos do presidente Humberto de Castello Branco, que antecedeu Costa e Silva, criaram um BC teoricamente independente, e colocaram Dênio

Paralelamente, mas em processo iniciado já em 2003, a partir do discurso de posse do presidente Lula, e muito embora se tenha acenado com a manutenção do modelo das agências pela comissão interministerial instituída em 2003 pelo próprio governo, foi gestado, na Casa Civil da Presidência da República, o Projeto de Lei n.º 3.337/04, encaminhado ao Congresso Nacional em 13/04/2004, em regime de urgência constitucional. Nele, foi proposta, para todas as agências reguladoras brasileiras, regulamentação segundo a qual elas deveriam submeter-se, dentre outras inovações, a *contratos de gestão e de desempenho* firmados com o Ministério supervisor.⁷⁴ O projeto, entretanto, não foi bem recebido e sua discussão, capitaneada pela *Frente Parlamentar das Agências Reguladoras*⁷⁵ no Congresso Nacional, ultrapassou em muito previsões iniciais para seu encerramento⁷⁶. Tudo isto em meio a bloqueio geral da pauta de votações do Congresso por medidas provisórias editadas pela Presidência da República.⁷⁷ Somente uma voz, além da Casa Civil, veio claramente em defesa do projeto de lei de restrição dos poderes das agências reguladoras: a de Delfim Netto⁷⁸ e, mesmo assim, sobre item enxertado à pedido do

Nogueira na presidência. Costa e Silva, porém, não aceitou a independência do BC e forçou a demissão de Nogueira. ‘Reza a lenda que o Costa e Silva perguntou ao Dênio qual era a função do BC, e ele respondeu que era a de guardião da moeda; e aí o presidente retrucou que, ‘guardião da moeda sou eu’, lembra Pastore.’ (DANTAS, Fernando; RAMOS, José. *Associação de agências critica pressões*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Editorial. Quinta-feira, 8 de janeiro de 2004).

⁷⁴Projeto de Lei 3.337/04, da Câmara dos Deputados: “Art. 9º A Agência Reguladora deverá firmar contrato de gestão e de desempenho com o Ministério a que estiver vinculada, nos termos do §8º do art. 37 da Constituição, negociado e celebrado entre a Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor e o titular do respectivo Ministério. (...) §4º São objetivos do contrato de gestão e de desempenho: I – aperfeiçoar o acompanhamento da gestão, promovendo maior transparência e controle social; II – aperfeiçoar as relações de cooperação da Agência Reguladora com o Poder Público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei.”

⁷⁵Cf. RAMOS, José; MARQUES, Gerusa. *Parlamentares criticam contrato das reguladoras*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Quinta-feira, 29 de abril de 2004.

⁷⁶A comissão especial para análise do Projeto de Lei n.º 3.337/04, cujo relator foi o deputado Leonardo Picciani, do PMDB-RJ, somente foi instalada um mês após o projeto ter chegado ao Parlamento. Para um projeto que o governo pretendia tramitar com urgência constitucional e que sofria riscos de não ser votado no segundo semestre de 2004 devido à ocorrência das eleições municipais no Brasil, foram apresentadas 137 emendas pertinentes aos temas centrais do projeto. O pedido de urgência constitucional que gravou o encaminhamento do Projeto de Lei n.º 3.337/04 ao Congresso Nacional teve que ser retirado pelo Presidente da República menos de um mês após sua proposição. Para além do acompanhamento processual da Câmara dos Deputados: MADUEÑO, Denise; MARQUES, Gerusa. *Projeto sobre reguladoras deve perder urgência*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Sábado, 8 de maio de 2004; Idem. *Oposição quer retirar urgência para projeto das reguladoras*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Agestado-notícias. Sexta-feira, 7 maio de 2004.

⁷⁷Cf. OTTA, Lu Aiko. *Projetos podem atolar no Congresso*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Domingo, 25 de abril de 2004.

⁷⁸Sua afirmação veio no contexto de se estar livre do pior, já que se acreditava que o governo poderia estar propondo a extinção do modelo de agências. “O deputado federal Delfim Netto (PP-SP) disse ontem que o governo parece ter reconhecido o papel das agências reguladoras no projeto enviado ontem ao Congresso, ao determinar um mandato fixo para os dirigentes desses órgãos. ‘Parece que o presidente (Luiz Inácio Lula da Silva) acabou se convencendo de que a agência é um instrumento de Estado, não um instrumento do Executivo de plantão’, disse Delfim (...) Segundo Delfim, a independência das agências reguladoras ‘é a única forma de dar tranquilidade ao investidor’.” (MURPHY, Priscilla. *Delfim Netto faz elogios à proposta*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Terça-feira, 13 de abril de 2004). No mesmo sentido, pronunciamentos de diretores de agências reguladoras à época: “O diretor-geral da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), José Mário Abdo, disse que a proposta do governo para os órgãos reguladores traz avanços em relação ao que o governo pensava inicialmente sobre a matéria.” (MARQUES, Gerusa; RAMOS, José. *Diretores de agências vêem avanços no projeto*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Terça-feira, 13 de abril de 2004).

Ministro da Fazenda pertinente à estabilidade de quatro anos para os presidentes de agências voltado a retirar o caráter evidente do projeto de diminuição dos poderes das agências mediante seu repasse aos órgãos diretos do Poder Executivo.⁷⁹ A reação geral foi de suspeita quanto à honestidade da propaganda governamental para fortalecimento das agências.⁸⁰ Estas estariam sendo transformadas em *instrumentos de governo* em detrimento de sua idealização como *instrumentos de Estado*.⁸¹ O ideal de espaço público sequer foi cogitado, bastando para descrição da polêmica da época o embate entre argumentos de atratividade de investimentos e de formulação de políticas públicas setoriais. A proposta de introdução de contrato de gestão e de desempenho entre ministério supervisor e agência foi acusado de ser um *artifício para subordinar as agências aos ministérios*⁸², ao contrário do defendido pelo governo de que tais contratos assegurariam os recursos orçamentários segundo metas contratuais

⁷⁹O posicionamento dúbio do governo pode ser evidenciado nos dois interesses representados pela Casa Civil e pela área econômica do governo federal. Para um, que gestou primeiramente o projeto de lei, este deveria servir para conter o poder das agências e submetê-las ao poder político dos ministérios correspondentes. Para a equipe econômica, entretanto, o projeto de lei deveria transparecer a idéia de fortalecimento do modelo regulador pautado nas agências. “O governo enviou ontem ao Congresso o projeto de lei que fixa as novas regras de funcionamento das agências reguladoras e garantirá estabilidade aos presidentes, mas aumentará a interferência do Executivo em suas atividades. Para demonstrar unidade do governo em relação à matéria, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva assinou a proposta tendo ao lado não só o ministro-chefe da Casa Civil, José Dirceu, mas também o ministro da Fazenda, Antonio Palocci. A opinião de Palocci foi fundamental para que o governo decidisse dar estabilidade de quatro anos no cargo para os presidentes das agências reguladoras. Durante mais de um ano de discussão da proposta, o governo chegou a cogitar a possibilidade de o presidente da República poder indicar e destituir o presidente das agências quando quisesse. A penúltima versão do projeto, cujos termos foram divulgados na semana passada, ainda preservava esse poder. Mas a péssima repercussão entre os investidores levou o governo a alterar o projeto, atendendo à sugestão inicial da equipe econômica. Em reunião com o presidente Luiz Inácio Lula da Silva, Palocci defendeu a tese de que seria conveniente definir uma regra para reduzir as incertezas. (...) Segundo Dirceu, é necessário definir com clareza o papel das agências, que devem ter suas atividades de regulação aperfeiçoadas, e deixar com os ministérios a formulação das políticas.” (MARQUES, Gerusa; RAMOS, José. *Projeto sobre agências leva toque de Palocci*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Terça-feira, 13 de abril de 2004).

⁸⁰Cf. CRUZ, Renato; RAMOS, José, M., G.; PEREIRA, Renée. *Investidores consideram medidas um retrocesso*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Terça-feira, 6 de abril de 2004.

⁸¹Cf. BARAT, Josef. *Agências reguladoras: avanços e recuos*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Quarta-feira, 5 de maio de 2004. “A idéia de controle do Executivo, pelos seus ministérios, priva as agências da necessária condição de independência e credibilidade e as ameaça de erosão da sua capacitação técnica, na medida em que passam a ser parte das barganhas políticas (...) Estamos vivendo um momento difícil: a) as regras gerais das concessões vêm sendo abaladas por sobressaltos e mudanças, como no caso do setor elétrico; b) a autoridade do ente regulador é questionada, como nas telecomunicações; c) o ente regulador não disse a que veio, como nos transportes; e d) um governo estadual ameaça unilateralmente romper contratos como no caso do Paraná. Assim, o encaminhamento do Projeto de Lei n.º 3.337/04 pode gerar mais instabilidade e frustração”.

⁸²“O projeto de lei que disciplinará o funcionamento dessas agências, divulgado pelo Palácio do Planalto, da forma como foi feito, demonstra uma tênue mudança da intenção do governo declarada no início de 2003, evoluindo de um bombardeio desencadeado à autonomia das agências para a flexibilidade de uma postura mais propícia para a atração de investimentos. (...) No entanto, ainda prevalece no projeto a vontade de interferência do governo nas decisões das agências, por meio de contratos de gestão e de contingenciamento de verbas para as que não cumprirem metas. Que metas? A missão fundamental de uma agência é decidir bem sobre as questões que lhe são postas. Os contratos de gestão poderão ser usados como artifício para subordinar as agências aos ministérios quando, na verdade, a agência é uma autarquia especial vinculada a um ministério.” (NASCIMENTO, Juarez Quadros do. *Agências reguladoras*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Domingo, 25 de abril de 2004).

alcançadas pela agência reguladora.⁸³ Por sua vez, a retomada do poder concedente por parte dos ministérios esvaziaria o *papel* regulador outorgado às agências.⁸⁴ Enfim, os dois temas – contratos de gestão e titularidade do poder concedente – apresentaram-se como os tópicos centrais da discussão política sobre o projeto de lei apresentado pelo governo.⁸⁵ A discussão parlamentar, entretanto, acrescentou nova hipótese: a de que a fiscalização das agências reguladoras deveria ser remetida ao Congresso Nacional.⁸⁶

A autonomia das agências reguladoras, entretanto, nunca foi plena e o fato de existir movimentação política expressa no sentido de controle sobre agências não significa que estas fossem antes realmente autônomas. Isto evidencia que o problema não pode estar na formalização dos mecanismos de autonomia, mas na necessidade de um ambiente paralelo de controle social e de valores internos à instituição reguladora voltados a vaciná-la de interferências que sufoquem a discussão pública nas inafastáveis negociações de poder.

No setor de telecomunicações, as tensões entre ANATEL e Ministério das Comunicações ficaram patentes com o impasse sobre a definição do índice de reajuste das tarifas das concessionárias de telefonia fixa no ano de 2003. Para o então Ministro das Comunicações, deveria ser aplicado o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), enquanto a ANATEL, com base nos contratos de concessão firmados, autorizou o reajuste com base no IGP-DI (Índice Geral de Preços-Disponibilidade Interna). A discussão ultrapassou a questão específica do montante de reajuste, pois a aplicação do IGP-DI geraria um aumento de tarifa superior a que existiria se fosse aplicado o IPCA, para firmar-se no questionamento da segurança da política regulatória para telecomunicações no Brasil. A politização do debate judicial foi tão intensa que as operadoras, em sede de recurso à liminar concedida por juízo federal contra a aplicação do IGP-DI renunciavam à diferença de índices aplicada até então

⁸³“Palocci afirmou que ‘não há receita pronta para o marco regulatório e que o projeto [de lei] atual [das agências reguladoras] consolida os avanços já obtidos nesse setor (...) Em sua opinião os contratos serão uma garantia para o bom funcionamento das agências, pois assegurará os meios para o cumprimento das metas fixadas nele.’ (ALLEN, James; RAMOS, José. *Proposta para agência reguladora é fundamental para crescimento*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Quinta-feira, 17 de junho de 2004). “O ministro da Fazenda, Antonio Palocci, disse hoje não achar que o contrato de gestão, previsto no projeto de reestruturação das agências reguladoras, comprometa a independência desses órgãos. Segundo ele, os contratos de gestão funcionam como figura de estabilidade administrativa para as agências e não têm papel regulatório. ‘Se fosse, a independência estaria comprometida’, disse.” (FERNANDES, Adriana. *Projeto não compromete independência de agência reguladora*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Terça-feira, 8 de junho de 2004).

⁸⁴Cf. NASCIMENTO, Juarez Quadros do. *Agências reguladoras*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Domingo, 25 de abril de 2004. A posição da ministra de Minas de Energia do governo Lula sempre foi clara neste sentido: “A ministra de Minas e Energia, Dilma Rousseff, defendeu hoje que o poder concedente seja sempre da União e não das agências reguladoras. A transferência do poder concedente para as agências foi um ‘equivoco’, disse ela em um debate com os deputados da Comissão Especial da Câmara que trata do projeto que reestrutura esses órgãos.” (RAMOS, José. *Dilma defende poder concedente pela União*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Quarta-feira, 16 de junho de 2004).

⁸⁵“Segundo o relator [do projeto de lei das agências reguladoras], ainda não há consenso sobre o dispositivo que transfere das agências reguladoras para os ministérios afins as atribuições de conceder as outorgas dos serviços públicos e de celebrar os contratos de concessão. Pelo projeto original, essas atribuições podem ser delegadas às agências, se o ministro assim decidir.” (MARQUES, Gerusa. *Adiada votação da reestruturação das agências reguladoras*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Quarta-feira, 23 de junho de 2004).

⁸⁶Cf. MARQUES, Gerusa. *Congresso quer assumir fiscalização das agências*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Segunda-feira, 21 de junho de 2004.

caso a suspensão da liminar fosse concedida pelo Supremo Tribunal Federal em flagrante tentativa de enfraquecimento dos argumentos de cunho estritamente político.⁸⁷ Outro tema que direcionou os esforços da agência foi o referente à utilização dos recursos do *Fundo de Universalização das Telecomunicações* (FUST), que, a partir de orientação do Tribunal de Contas da União, originou o *Serviço de Comunicação Digital* (SCD)⁸⁸, com inúmeras combinações que foram imaginadas para sua implantação norteadas por demandas de *inclusão digital*⁸⁹ e de *divisão digital*.⁹⁰ No âmbito do Poder Legislativo, a discussão do primeiro semestre de 2004 girou em torno de projeto de lei que propunha a extinção da *assinatura básica* da telefonia fixa para o fim de desonerar o assinante dos serviços. A posição da ANATEL, já pela voz de seu novo presidente indicado pelo novo governo, foi contrária ao projeto por entender que isto inviabilizaria o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.⁹¹

Vê-se, assim, que o ambiente de regulação do setor de telecomunicações e, em especial, do de telefonia, gera uma polarização natural entre propostas de diminuição dos custos evidentes dos serviços de telefonia impostos sobre seus consumidores, de um lado, e de interesses de manutenção do equilíbrio das relações contratuais, de otimização de lucros e de expansão das empresas do setor. Trata-se, enfim, de um setor em constante dinâmica destes interesses. O mesmo interesse que aparentemente motivou a queda do presidente da ANATEL, qual seja, o interesse político ministerial de benefício dos consumidores do serviço pela diminuição das

⁸⁷Cf. BRASIL. STF. *Suspensão de Liminar n.º 34/DF*. Decisão Monocrática. Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 26/02/2004, p. 00042.

⁸⁸O histórico do *serviço de comunicação digital* é o histórico da tentativa de utilização dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações do Brasil. Após tentativas frustradas de licitação para escolha de operadora de telefonia fixa para implantação de acessos de serviços de internet em escolas públicas brasileiras, a ANATEL, após orientações do Tribunal de Contas da União (Acórdão n.º 1.107, de 13 de agosto de 2003), realizou a Consulta Pública n.º 480, de 24 de novembro de 2003, que veiculou proposta de regulamentação do “Serviço de Comunicações Digitais Destinado ao Uso do Público em Geral” e destinado ao uso do Fundo de Universalização. A Consulta Pública n.º 493, de 19 de janeiro de 2004, disponibilizou, para análise dos interessados, o Plano Geral de Outorgas do Serviço de Comunicações Digitais destinado ao Uso do Público em Geral. No mesmo dia, por intermédio da Consulta Pública n.º 494, vinha a público a proposta de Plano Geral de Metas de Universalização do SCD. Foram efetivadas audiências públicas de 23 de janeiro de 2004 a 5 de fevereiro de 2004 nas cidades de Recife, Porto Alegre, Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte e Brasília. A partir daí, o andamento da aprovação do novo serviço caiu em compasso de espera e somente em 8 de outubro do mesmo ano foi encaminhada formalmente pela ANATEL ao Ministro das Comunicações a proposta de criação do Serviço de Comunicações Digitais – SCD. Era a expectativa de utilização de um fundo de universalização que já detinha 3 bilhões de reais desde seu início de arrecadação em 2001, sem nunca ter sido aplicado. Até 12 de abril de 2005, a proposta não havia sido encaminhada pelo Ministério à Presidência da República.

⁸⁹Cf. BETING, Joelmir. *Inclusão chipada*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Domingo, 23 de novembro de 2003.

⁹⁰No relatório da União Internacional de Telecomunicações de 2003 que estabelece o ranking mundial da inclusão digital conhecido pela sigla DAI (*Digital Access Index*), o Brasil ocupou a 65ª colocação atrás da Argentina, Uruguai e Chile. Este índice leva em conta 5 fatores: infra-estrutura de telecomunicações; preços relativos de produtos e serviços de rede; número de internautas; diversidade dos serviços disponíveis; e impactos econômicos e sociais da imersão progressiva em rede. Estudo do significado desta colocação ainda revelou o imenso fosso que divide o país em termos de acesso digital. Para tanto, conferir: BONILHA, Caio. *DAI – Digital Access Index: Brazil breakdown*. Genebra: ITU, 2003.

⁹¹Cf. MARQUES, Gerusa. *Anatel é contra o fim da cobrança da assinatura na telefonia fixa*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Tecnologia. Quarta-feira, 5 de maio de 2004. Cf. MARQUES, Gerusa. *Polêmica sobre o fim da assinatura básica aumenta*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Seção de Economia. Quinta-feira, 6 de maio de 2004.

tarifas de telefonia fixa, poucos meses depois, não se apresenta suficiente para qualificar a orientação da agência como insubmissa aos desígnios do Poder Executivo. O exemplo é pontual, mas faz transparecer a suspeita de que os interesses do consumidor dos serviços de telefonia foram utilizados para alcançar um interesse maior: o interesse de controle político governamental sobre a agência reguladora. Na mesma linha, Decreto presidencial de meados de 2003 dispôs *sobre políticas públicas de telecomunicações* lastreado no *atendimento* às necessidades da vida do cidadão, inclusão social, universalização, otimização do setor, modernização do setor, desenvolvimento industrial, geração de empregos e capacitação de mão-de-obra.⁹² Somente critérios que fujam dos interesses das partes do processo regulatório podem, portanto, dialogar com este interesse anterior ao ambiente regulador. O interesse de controle governamental briga com o pressuposto de virtude política e é neste espaço que se pode estabelecer um diálogo conceitual entre tendências voltadas a dar ao ambiente regulador um caráter *instrumental*. De um lado, fala-se de caráter instrumental voltado à consecução das políticas de governo e, sob este ponto de vista, as orientações de governo de ideologias distintas convergem⁹³; de outro lado, está o caráter instrumental voltado à vivência da virtude política e, sob este aspecto, praticamente não se tem falado.

De todo o exposto, o caminho para análise das tensões institucionais no setor de telecomunicações não parece ser o de precisão dos interesses dos atores em jogo – Governo, usuários, empresas –, pois estes são conjunturais e dependem da dinâmica de outros interesses que os influenciam. Pelo contrário, o caminho de análise das tensões somente pode advir de um elemento externo que serve como âncora conceitual: a virtude política.

O movimento de reestruturação das relações institucionais entre agências reguladoras e ministérios do Poder Executivo pode até vir camuflado por justificativa de *politização* das decisões setoriais, mas, se não for acompanhado da discussão de fundo sobre a virtude política, simplesmente persistirá a crença de origem da vontade política em estruturas vacinadas contra a interferência ativa diuturna da sociedade. Estar-se-á apenas transferindo o espaço a-político de formulação das políticas setoriais. O titular originário do poder político continuará alijado do processo. Basta a referência geral às questões fundamentais do setor de telecomunicações brasileiro do ano de 2004 – SCD-FUST, contrato de gestão, controle social, convergência tecnológica e regulamentar, divisão digital, exclusão digital, rádio e TV digital, comunicação social eletrônica, dentre outras – para se verificar que não são temas

⁹²As políticas públicas do setor de telecomunicações brasileiro fixadas no Decreto presidencial de n.º 4.733, de 10 de junho de 2003, não fogem do lugar comum de orientação do setor para provimento de utilidades e suprimento de necessidades da vida dos cidadãos: “Art. 3º. As políticas para as telecomunicações têm como finalidade primordial *atender ao cidadão*, observando, dentre outros, os seguintes objetivos gerais: I – a inclusão social; II – a universalização (...); III – contribuir efetivamente para a otimização e modernização dos programas de Governo e da prestação dos serviços públicos; IV – integrar as ações do setor de telecomunicações a outros setores indispensáveis à promoção do desenvolvimento econômico e social do país; V – estimular o desenvolvimento industrial brasileiro no setor; VI – fomentar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico do setor; VII – garantir adequado atendimento na prestação dos serviços de telecomunicações; VIII – estimular a geração de empregos e a capacitação de mão-de-obra; e IX – estimular a competição ampla, livre e justa entre as empresas exploradoras de serviços de telecomunicações, com vistas a promover a diversidade dos serviços com qualidade e a preços acessíveis à população.”

⁹³Em entrevista de Fernando Henrique Cardoso 20 de maio de 2004: “As agências regulatórias são a forma moderna de o Estado controlar e garantir não só o contrato mas também o atendimento do consumidor” (SPIGLIATTI, Solange. *País precisa de credibilidade para crescer, diz FHC*. In: **O ESTADO DE SÃO PAULO**. Agestado-notícias. Quinta-feira, 20 de maio de 2004).

levantados em discussão pública; são temas presos a questões de competência – Ministério das Comunicações *versus* ANATEL –, ou de cumprimento de processos administrativos – Tribunal de Contas da União *versus* ANATEL. A prática do setor não tem revelado abertura para institucionalização da virtude política. Por outro lado, a novidade da agência setorial de um setor como o de telecomunicações, representativa, por excelência, da liberdade de divulgação do pensamento, pode ser o caminho para a edificação da liberdade política como palavra de ordem e diferencial da atuação das agências reguladoras no Brasil.

6. BIBLIOGRAFIA

1. ANDRADE, Rogério Emilio de (coord.). **Regulação Pública da Economia no Brasil**. Campinas: Edicamp, 2003.
2. ARAGÃO, Alexandre. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2ªed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
3. ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Trad. I. Morais, Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2001. [Original: *On revolution*, 1963].
4. BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
5. BONILHA, Caio. **DAI – Digital Access Index: Brazil breakdown**. Genebra: ITU, 2003.
6. BRASIL. ANATEL. **Atas das Reuniões n.º 002 e n.º 003, do Conselho Consultivo**. Brasília: Conselho Consultivo da ANATEL. 02 de março de 1998 [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.anatel.gov.br/index.asp?link=/biblioteca/atas/ConselhoConsultivo/atacc_02.htm?Cod=1359 (Consultado em 21/04/2005).
7. BRASIL. ANATEL. OUVIDORIA. **Relatório semestral**. Brasília: ANATEL, agosto a dezembro de 2003. p. 8. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/conheca_anatel/ouvidoria/relatorio_ouvidoria_ago03dez03.pdf (Consultado em 21/04/2005).
8. BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Novembro de 1995.
9. BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. Brasília, dezembro de 2003.
10. BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 3.337**. Brasília, 12 de abril de 2004.
11. BRASIL. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **Exposição de motivos da Lei Geral de Telecomunicações**. E. M. n.º 231/MC, Brasília, 10 de dezembro de 1996.
12. GASPARINI, Melissa Ferreira. **A livre concorrência na prestação de serviços de telecomunicações**. São Paulo: UNESP, 2002.
13. LEPRINCE-RINGUET, Louis. *Aspects humains et sociaux des telecommunications*. In: ITU. **World Telecommunication Forum: technical symposium**. Genebra: ITU, 6 a 8 de outubro de 1975, p. 1.1.2.1-1.1.2.4.
14. PECCI, Giocchino [Papa Leão XIII]. *Literae encyclicae: libertas*. Santa Sé: s/e, 1888, § 3º. [on line] Disponível na internet via WWW. URL:

http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_20061888_libertas_it.html.

Consultado em 21/04/2005.

15. PORTO, Walter Costa (coord.). **A representação**. Brasília: Fundação Projeto Rondon e Ministério da Educação, s/a.
16. TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. 4ªed., trad. Yvonne Jean, Brasília: Editora UnB, 1997.
17. UNITED STATES OF AMERICA. U.S. House of Representatives. Subcommittee on Telecommunications and Finance Committee on Commerce. **Implementation of the Telecommunications Act of 1996**. Statement of Reed. E. Hundt, Chairman of the Federal Communications Commission, July 18, 1996 [on line] Disponível na internet via WWW. URL: <http://www.fcc.gov/Reports/reh71896.html>. Consultado em 14/08/2004.

O PROBLEMA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL ENQUANTO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL E SUA CONTRA-PRESTAÇÃO EM FACE DA INCAPACIDADE FINANCEIRA DO USUÁRIO

*Rogério Gesta Leal**

I – NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente ensaio pretende enfrentar o problema da prestação de serviço público no Brasil enquanto direito social fundamental e sua contra-prestação em face da incapacidade financeira do usuário. No particular, quero trazer à baila um estudo de caso concreto envolvendo a prestação de serviços de energia elétrica, haja vista o contingente significativo de demandas que tem ocorrido aos tribunais do país envolvendo esta matéria.

Para tanto, em primeiro plano, vou abordar o enquadramento do serviço público essencial enquanto direito fundamental social, e o que decorre daí em termos de redefinição de serviço público agora relacionado com o usuário, não só destinatário final do produto *serviço*, mas elemento constitutivo dele, o que lhe outorga a condição de sujeito de direito que tem responsabilidades sociais, políticas e econômicas com relação à sua efetividade e mesmo suas possibilidades.

Após estas definições preliminares, quero avaliar como se pode enfrentar a problemática situação fática que aflige milhões de brasileiros e também as fornecedoras de energia elétrica: a inadimplência contra-prestacional, e de que forma o Poder Judiciário tem enfrentado as lides oriundas daqui.

II – O SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DE ENERGIA ELÉTRICA E SUAS CARACTERÍSTICAS CONSTITUTIVAS DE FUNDAMENTALIDADE

A primeira questão que se coloca para este tema é sabermos que tipo de *RES* é a energia elétrica: eles se configuram como efetivos BENS PÚBLICOS. Sim, tratam-se de bens públicos, porque têm suas matrizes fundantes na força da natureza e no uso de seus recursos, natureza esta que, de forma indubitosa, pertence ao ser humano e está a serviço de sua existência digna enquanto pessoa humana.

E de que forma tais bens públicos podem e são usados pela natureza humana? Em face de suas particularidades finitas, eles precisam ser usados de forma

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito, Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul, Professor Colaborador da Universidade Estácio de Sá. Professor Visitante da Università Tùlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha e Universidad de Buenos Aires.

racional e equilibrada em face do meio ambiente como um todo (natural e construído), razão pela qual sofrem regulação pública no âmbito da fruição e prestação. Tal regulação, guardadas as peculiaridades de cultura, sociedade, Estado e disponibilidade dos bens, obedece a preceitos de ordem pública indisponível e incondicionada, garantindo assim a igualdade nos seus acessos.

São estas normativas que vão regulamentar a fruição daqueles bens, notadamente pela via dos serviços públicos prestados para tal fim, seja pela iniciativa direta da Administração Pública, seja pela via dos concessionários destes serviços¹.

Em termos operacionais da viabilidade financeira à prestação destes serviços, há usuários públicos e particulares que arcam com tal mister, sendo mensuráveis as quantias devidas no tocante a cada destinatário, i.é., os usuários pagam pelo que consomem em termos de unidade de medição de cada serviço.

Costuma-se dizer que os serviços de prestação de energia se enquadram dentre aqueles nominados de *uti singuli* (os quais são divididos em obrigatórios e facultativos), sendo que os obrigatórios, a exemplo do fornecimento de energia elétrica, não podem, em tese, ser suspensos por falta de pagamento em face da permanência que deve sempre nortear a prestação do serviço público *stricto sensu*², bem como pelo fato de que este bem jurídico que é a energia se afigura como indispensável à manutenção e desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.³

Para alguns doutrinadores, no que diz respeito à utilização desses serviços, há uma verdadeira imposição da administração, que exatamente em virtude disso não pode interrompê-los. Além do mais, tais serviços geram para o usuário que se encontrar na área de sua prestação, direito subjetivo à sua obtenção⁴.

Na direção deste raciocínio, os serviços *uti singuli* facultativos, por constituírem apenas mais conforto e comodidade oferecidos aos usuários, poderiam, ai sim, ser suspensos por falta de pagamento, eis que configurariam uma categoria especial de serviços públicos capazes de se comprazerem à interrupção, mormente se com base na inadimplência do usuário, haja vista a possibilidade do Poder Público opor àquele a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)⁵.

Veja-se que no caso do serviço de energia, por ser essencial, desde a edição do Código de Defesa do Consumidor tem-se que tal mister público deverá ser contínuo, sem interrupções, consoante regra encartada no seu art. 22, elencando este estatuto ainda como obrigação do fornecedor a prestação de serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, quando este último resultar de essencialidade.

Na verdade, este mesmo estatuto consumeirista desde seu intróito se ocupa desta matéria, ao determinar o art. 6º, X, que é direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, enquanto que seu art. 4º, estabelecendo a política nacional das relações de consumo, determina que ela deve atender às necessidades dos consumidores, respeitando a sua dignidade, saúde e segurança, providenciando a melhoria de sua qualidade de vida.

¹ Neste sentido, ver o trabalho de SABINO, Alvarez Gendín. *El servicio público: su teoría jurídica administrativa*. Madrid: IEP, 2004, p.321.

² Conforme MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.116.

³ Consoante faz ver o trabalho de CARBAJO, Joël. *Droit des services publics*. Paris: Dalloz, 2003, p.39 e ss.

⁴ CHINCHILLA, Carmen Marín. *El servicio público: una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?* In *Estudios sobre la Constitución Española*, Tomo II. Madrid: Civitas, 2002, p.91.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 213 e seguintes.

Prescreve ainda a mesma legislação que a ação governamental deve se dar no sentido de proteger efetivamente o consumidor, garantindo que os produtos e serviços possuam padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho (art. 4º, II, d); devendo o Estado ainda providenciar a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da CF), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (art. 4º, III).

A despeito do Código de Defesa do Consumidor não se ocupar da natureza de essencialidade de determinados serviços, consoante dispõe Benjamin, essencialidade, pelo menos neste ponto, há que ser interpretada em seu sentido vulgar, significando todo serviço público indispensável à vida em comunidade, ou melhor, em uma sociedade de consumo. Incluem-se aí não só os serviços públicos *stricto sensu* (os de polícia, os de proteção, os de saúde), mas ainda os serviços de utilidade pública (os de transporte coletivo, os de energia elétrica, os de gás, os de telefone, os de correios).⁶

Em termos de referência normativa do serviço público propriamente dito no país, importa lembrar que ele se situa em campo de natureza política e econômica, sendo que, em termos econômicos, é a Constituição de 1988 que determina o modelo clássico de organização capitalista mundial de tal atividade, fundado na propriedade privada dos meios de produção, no livre exercício das atividades econômicas e na abstenção da intervenção do Estado em tal domínio – como regra geral. Cabe ao Estado, neste modelo e em nível econômico, a tarefa de disciplinar o exercício da atividade econômica exercida pelos particulares, admitindo-se apenas excepcionalmente que desempenhe de forma direta atividades de natureza econômica, observando, quando o faz, determinados princípios.⁷

Veja-se que o art. 170, inc. IV, de nossa Carta Política, dispõe que *a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... IV - livre concorrência*. Seu art.173, por sua vez, adverte para o fato de que, *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*.⁸

Em face de tais ponderações, a doutrina especializada tem sustentado que a intervenção direta do Estado no domínio econômico, isto é, desempenhando atividade econômica em sentido amplo, faz-se sob duas modalidades: (a) em sentido estrito, (b) ou presta serviços públicos, sendo que para cada qual há regimes jurídicos diversos, ou seja, a atuação do Estado que implique exercício da atividade econômica em

⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcello, et all. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 111.

⁷ Quem nos lembra muito bem disto é AGUILAR, Fernando Herren de. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 117/123.

⁸ Por esta razão é que Celso Antônio lembra que, *em verdade, a atuação direta do estado na atividade econômica está submetida basicamente ao regime de direito privado, o que não afasta a incidência de algumas normas e princípios de direito público*. In MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 499.

sentido estrito não se subordina à mesma disciplina prevista para o desempenho de serviço público⁹.

Vale aqui a advertência de Marçal Justen Filho, no sentido de que a atividade econômica em sentido estrito é regida pela racionalidade econômica, objetivando o lucro, segundo o princípio do utilitarismo; funda-se na utilização especulativa da propriedade privada, de forma a dar atendimento aos interesses dos particulares; rege-se pelos princípios da exploração empresarial, da livre iniciativa e da livre concorrência; pressupõe a liberdade dos agentes econômicos para a organização dos fatores de produção, objetivando a obtenção de resultados não fixados pelo Estado e a apropriação do lucro.¹⁰

Já o serviço público vem conceituado pela doutrina administrativista no país como *atividade da Administração que visa a assegurar, de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação às necessidades, essenciais ou secundárias, da coletividade, assim por lei consideradas, e sob as condições impostas unilateralmente pela própria Administração*.¹¹ Todavia, salvo melhor juízo, este conceito não consegue mais albergar a complexidade que marca hoje os serviços públicos no país, pelo fato de que ele não diz respeito tão somente ou preponderantemente ao Estado Administrador, mas a toda a sociedade, tema que vamos abordar mais tarde¹².

O princípio da continuidade no serviço público tem extraído posicionamentos marcantes na doutrina, que não admite a sua desconstituição, por ser uma das marcas registradas do Direito Público. Para Alessandro Segalla, continuidade é a ausência de interrupção, segundo a natureza da atividade desenvolvida e do interesse a ser atendido.

⁹ Neste sentido ver o trabalho de GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 141. Ver também os textos de: (a) AGUILAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999; NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviço Público: Conceito e Delimitação na Ordem Constitucional*. In Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonad, 1996.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 64.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Forense, 2001, p.342. Na doutrina italiana, Alessi adverte para o fato de que o serviço público implica a idéia de uma prestação que possui como objetivo principal o interesse público na sua realização. Primeiro, porque a prestação de serviço público deve representar o elemento essencial da relação, em confronto com o correspondente por parte do utente do serviço. Depois, porque a realização da prestação deve ter por objetivo imediato e direto a satisfação de necessidades individuais de importância coletiva, independentemente de qualquer interesse subjetivo patrimonial a um eventual correspondente. In ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2000, pp. 475.

¹² Esta perspectiva institucionalista de serviço público centralizado no Estado marca a tradicional e histórica formação do pensamento administrativista ocidental. Gastón Jeze chega a afirmar que serviço público é toda atividade cujo desempenho deve ser regulado, assegurado e controlado **pelos governantes**, porque o desempenho dessa atividade é indispensável à realização da interdependência social e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção da força governante. In GEZE, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 29. Ver igualmente o trabalho de FREITAS, Juarez. *O Estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos*. In Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001.

Em termos práticos, é claro que a continuidade se avalia diferentemente conforme se trata de fornecimento de água, energia elétrica ou de transporte de passageiros. Observe-se que a regularidade, sob um certo ponto de vista, pressupõe continuidade. Aquela é um plus relativamente a esta. Os serviços podem ser contínuos, sem que sejam regulares. Mas é impossível o serviço ser regular, se também não for contínuo.¹³

De todos os princípios relativos à prestação de serviços públicos, temos que o da continuidade é o que desempenha importância destacada para o sistema constitucional, pelo fato de que a Constituição Federal erigiu à condição de públicos vários serviços que entendeu desempenharem papel de extrema importância na sociedade, devendo ser sempre fornecidos visando à satisfação do seu interesse.

O Professor Caio Tácito enalteceu a importância deste aspecto quando apontou que o princípio da continuidade do serviço público impõe ao concessionário o dever de prosseguir na exploração do mesmo, ainda que tal atividade seja ruínoza, pois à Administração incumbe, correlatamente, partilhar das cargas extraordinárias, restaurando a economia abalada e a eficácia da execução do contrato.¹⁴

Já na dicção de Mário Masagão, só para citar mais um clássico da doutrina brasileira sobre a matéria, *a continuidade significa que as necessidades públicas, a cuja satisfação se destina o serviço, não devem ser atendidas esporadicamente, mas de forma ininterrupta e constante*.¹⁵

De qualquer sorte, é Celso Antônio Bandeira de Mello que traz à lume, no âmbito da doutrina abalizada do Direito Administrativo pátrio, a noção de serviço público como atividade de oferecimento de utilidade pública ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo¹⁶.

Vai mais longe o autor no aprofundamento do tema, e com ele concordo, quando assevera que esta noção de serviço público vê-se composta de dois elementos centrais: o seu *substrato material*, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; um *traço forma*, que lhe dá caráter jurídico com um regime de direito público, isto é, *uma unidade normativa formada por princípios e regras caracterizados pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e por restrições especiais, firmados uns e outros em função da defesa de valores especialmente qualificados no sistema normativo*.¹⁷

¹³ SEGALLA, Alessandro. *A Suspensão do Fornecimento de Energia Elétrica a Usuário Inadimplente à Luz da Constituição Federal*, in Revista de Direito do Consumidor, n° 37, janeiro-março/2001, Ed. RT, ps. 134/135.

¹⁴ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 209.

¹⁵ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 254. Na mesma direção vai CRETELLA JR., José. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 66, quando insiste na tese de que *se o serviço público, razão de ser do direito administrativo, se interrompe, toda a coletividade sofre os efeitos dessa descontinuidade, gerando-se um mal-estar de conseqüências imprevisíveis, que repercutem inclusive sobre a segurança do próprio Estado. Urge, pois, assegurar aos serviços públicos o mais perfeito dos funcionamentos, sem a mais leve solução de continuidade*.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op.cit., p.632.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.18.

Veja-se que resta consagrado na tradição brasileira, desde há muito, que qualquer serviço público deve se submeter a determinados princípios reitores, dentre os quais, destaco: (1) o Princípio da Igualdade de todos perante o serviço público, envolvendo aqui a paridade de tratamento; (2) o Princípio da Continuidade do serviço público, que envolve a regularidade de sua prestação¹⁸; (3) o Princípio da Qualidade do serviço público, envolvendo a adequabilidade das condições de sua prestação, o que amplia o conceito de eficiência do serviço; (4) o Princípio da Modicidade do custo repassado ao usuário do serviço, eis que se trata de interesse massivo de toda a comunidade, constituída por quem pode mais e por quem pode menos em termos de capacidade econômica; (5) o Princípio da Participação e Controle do serviço público, envolvendo tanto o interno e externo, como, principalmente, o controle social deste serviço.¹⁹

Por certo que junto com tais princípios específicos e atinentes ao serviço público, todos os demais insertos na Carta Política brasileira de 1988 se aplicam na sua concepção, constituição, prestação e controle, isto porque não se pode interpretar o sistema jurídico a partir de fragmentos normativos, mas de sua integralidade, associado que está à concretização dos objetivos e finalidades da República.²⁰

Em termos de operacionalização da prestação do serviço público, há bastante tempo vem se sustentando possa ele ser efetivado para além da forma centralizada no próprio Estado, tais como, pela via descentralizada: (1) com a transferência do serviço à titularidade de uma pessoa jurídica de direito público criada para tal fim, sob o controle do Estado (pela modalidade das autarquias); (2) com a transferência tão somente do exercício – sem titularidade – a pessoa jurídica de direito privado, que o efetivará em nome do Estado, por sua conta e risco (na modalidade da concessão ou permissão de serviço público)²¹.

No que tange à viabilidade econômica destes serviços, não optou a norma constitucional vigente por prever a sua gratuidade universal como princípio informativo das prestações, até porque isto implicaria impactante resultado no processo da concessão/permissão de tal atividade por parte do Estado, quiçá afastando dela qualquer interesse da iniciativa privada.²²

¹⁸ Para o mesmo Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra anteriormente referida, por ser da natureza pública do serviço nominado como público o regime jurídico administrativo, revela-se impossível ao concessionário invocar a *exceptio non adimplenti contractus*, para eximir-se do seu mister. Vai-se ver mais tarde que tal regra hoje não se põe de forma tão radical.

¹⁹ Assim os trabalhos de ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho Administrativo*. Madrid: Ariel, 2004; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2004.

²⁰ Como já tive oportunidade de referir no texto LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito*. 3ª edição. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, bem como, mais recentemente, no texto LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Sociedade e Administração Pública: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

²¹ Nas palavras de ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Vol. I. Milano: Cedam, 2000, p.152: *Di tali poteri questio soggetti non hanno mai la titolarità, ma possono avvere soltanto l'esercizio, in forza di una concessione fatta dello Stato e sempre da questo revocabile senza che l'ente venga meno*.

²² Como o fez para os serviços de ensino público em estabelecimentos oficiais (art.206, IV, CF/88); ensino fundamental obrigatório e gratuito (art.208,I, CF/88); transporte coletivo urbano gratuito para os maiores de 65 anos (Estatuto do Idoso e

Aliás, é a própria lei de concessões e permissões vigente no país (Lei federal nº8.987/95) que prevê, dentre outras coisas, as que seguem:

(1) Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários (art.6º), considerando como serviço adequado aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Por outro lado, na mesma linha de conceituação, refere que a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações, e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

(2) A existência de uma tarifa pública remuneratória à prestação dos serviços, sendo que ela será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

Ora, salvo melhor juízo, não paira mais dúvidas de que a prestação de serviços públicos pode ser objeto de prestação mediante o pagamento de tarifa a ser formalmente fixada.

Quando Celso Antônio define o que seja concessão de serviço público, ainda sob a égide do Decreto-Lei nº200/67 e o Decreto-Lei nº900/69, destaca-o como ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público, por sua conta e risco, sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado, remunerando-se pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários, **tendo a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro.**²³

Esta garantia econômica destacada acima, em verdade, coloca a realização do serviço público por pessoa de direito privado em uma situação segura no sentido de ter resguardada a saúde orçamentária de tal mister, haja vista que tal cláusula contratada em regime jurídico público não se submete às mutações unilaterais da Administração, sob pena de inviabilizar a própria concessão ou permissão, quando lhe onera o ofício de forma insuportável.

Assim é, pois, disposição normativa vinculante a existência de remuneração do serviço público – independente de quem seja a pessoa que o preste. Numa concepção mais temperada sobre a prestação destes serviços e o seu pagamento, Hely refere que *estes serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção por todos aqueles que se encontram na área de sua prestação ou fornecimento, e satisfaçam às exigências regulamentares.*²⁴

Historicamente, uma boa parcela da jurisprudência nacional tem se manifestado no sentido de reconhecer a essencialidade do serviço de energia elétrica, sustentando não ser possível a simples interrupção do fornecimento de energia elétrica, por exemplo, na hipótese de inadimplência por parte do consumidor, pois o fornecedor do serviço deverá adotar medidas legais, que não se confundem com a atuação da Justiça Privada no Brasil:

art.230, §2º, CF/88). Ratifica tal entendimento a disposição normativa inserta no art.6º, §3º, da Lei federal nº8.987/95 – que trata das concessões e permissões de serviços públicos no país -, asseverando não se caracterizar como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por *inadimplemento do usuário*, considerado o interesse da coletividade.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. Op.cit., p.35.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.265. Grifo pessoal.

Administrativo. Mandado de segurança. Energia elétrica. Ausência de pagamento de tarifa. Corte. Impossibilidade.

1. *É condenável o ato praticado pelo usuário que desvia energia elétrica, sujeitando-se até a responder penalmente.*
2. *Essa violação, contudo, não resulta em se reconhecer como legítimo ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma.*
3. *A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável, subordinado ao princípio da constitucionalidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.*
4. *Os arts. 22 e 42, do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.*
5. *O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.*
6. *Não há de se prestigiar atuação a justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.*
7. *O direito do cidadão de utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vista a beneficiar o que deles se utiliza.*
8. *Recurso improvido.*²⁵

O Superior Tribunal de Justiça, neste julgado, deixou consignado que o serviço de energia elétrica é essencial e, como tal, se subordina ao princípio da continuidade de sua prestação, não podendo ser interrompido pela falta de pagamento, nos casos em que a empresa concessionária se utiliza de ameaça para a cobrança de débitos pendentes, e isto porque o art. 22, do CDC, explicita que este tipo de serviço deverá ser contínuo, e o art. 42, do mesmo estatuto legal, é claro em coibir ameaça ou exposição a ridículo de consumidor inadimplente.

Pode-se deduzir daí que a concessionária não poderá negar ou interromper a prestação de um serviço contínuo e essencial, cabendo-lhe buscar através dos meios legais a satisfação de seus créditos.²⁶ Importa destacar, no ponto, que não propugna o STJ o calote institucionalizado em tais situações, apenas entende que o serviço essencial, para ser interrompido, deverá ser precedido de regulamentares procedimentos legais, não podendo a ameaça ser o fator preponderante. É tamanha a importância e essencialidade deste serviço, que o Superior Tribunal de Justiça, em outra decisão, patenteou que o Mandado de Segurança é a via competente para dirimir este tipo de controvérsia.²⁷

²⁵ STJ, Rel. Min. José Delgado, RMS nº 8915-MA, 97/0062447-10, 1ª T., julgado em 12.05.98, DJ de 17.08.98.

²⁶ *Administrativo. Mandado de segurança. Suspensão do fornecimento de energia elétrica. 1. A concessionária de energia elétrica deve buscar a satisfação dos seus créditos através dos meios legais que dispõe, o que não significa a suspensão da prestação do serviço público. 2. Remessa ex officio improvida.* Tribunal Federal da 4ª Região, Des. Nylson Paim de Abreu, REO nº 0441560/94-RS, 2ª T., DJ de 27.09.95.

²⁷ STJ, REsp. nº 201.112-SC (99/0004398-7), Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª T., DJ de 10.05.99. No seu voto condutor, o eminente Min. Garcia Vieira, deixou consignado: *Para receber os seus créditos, tem a impetrada os meios legais próprios, não podendo fazer justiça privada porque não estamos mais vivendo nessa época e sim do império da lei e os litígios são compostos pelo Poder Judiciário e não pelo particular. A energia elétrica é bem essencial e indispensável à saúde e higiene da população. Seu fornecimento é serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade, sendo impossível a sua interrupção e muito menos por atraso no seu pagamento.*

Mais contemporaneamente, o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de reafirmar esta vertente da casuística no país²⁸:

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – PAGAMENTO À EMPRESA CONCESSIONÁRIA SOB A MODALIDADE DE TARIFA – CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO: LEGALIDADE. 1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica. 2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos. 3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio. 4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/96, que criou a ANEEL, idêntica previsão. 5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade da partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta). 6. Recurso especial improvido.²⁹

É o próprio Código de Defesa do Consumidor que não permite qualquer tipo de expediente que venha a utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer, sob pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa³⁰.

Por outro lado, não desconhecemos que há toda uma reflexão no país em sentido oposto ao que se está aqui defendendo, que sustenta a possibilidade de corte do fornecimento pelo não pagamento da tarifa previamente avençada entre administrado e Administração Pública, uma vez que a gratuidade não se presume e

²⁸ É preciso reconhecer que durante algum tempo parte da jurisprudência inclinou-se por inadmitir a suspensão do serviço ao argumento da essencialidade do bem em questão e da característica de continuidade do fornecimento de energia elétrica, com apoio no art. 22 do CDC (Lei 8.078/90). O Poder Público ou seu delegado, assim, só ficaria autorizado a proceder à cobrança executiva do débito, sob pena de infringir o art. 42, do mesmo diploma, que proíbe o uso de expedientes constrangedores na cobrança de dívidas a consumidores. Este posicionamento foi, por exemplo, em período passado, o da Primeira Turma do STJ, tendo o Min. José Augusto Delgado sido o relator do acórdão padrão que resultou no assentamento desse entendimento, nos termos do acórdão proferido no ROMS 8915-MA, unânime, j. 12.05.98, DJ 17.08.98.

²⁹ REsp 705203 - SP ; RECURSO ESPECIAL. 2004/0166429-5 . Relatora Ministra Eliana Calmonn. II Turma. Julgado em 11/10/2005, publicado no Diário de Justiça de 07.11.2005 p. 224. Na mesma direção, o Min. Teori Albino Zavascki referiu que *a controvérsia acerca da suspensão de fornecimento de serviço essencial restou superada pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do ERESP 363.943/MG, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 01/03/2004, quando se consagrou entendimento no sentido de que, persistindo a inadimplência do consumidor após o recebimento de aviso prévio, é legítima a interrupção de serviço essencial, explorado por empresa concessionária de serviço público, nos termos do art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/1995. I Turma, julgado em 27/09/2005, publicado no DJ de 10/10/2005.*

³⁰ Redação do art.71, do CDC. Ver neste sentido o texto de GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

que as concessionárias de serviço público não podem ser competidas a prestar serviços ininterruptos se o usuário deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento.³¹ Aduzem estas reflexões que importa relevar no ponto o princípio da igualdade de tratamento dentre os destinatários dos serviços públicos, pois as concessionárias, vinculadas ao Estado através de um contrato de direito público, teriam a faculdade de negar-se a cumprir com essa obrigação de fazer, tal como um particular.

Aliás, tal postura vem de certa forma contemplada inclusive pelos termos da Lei nº 8.987/1995, no âmbito do seu art.6º, §3º, quando disciplina que *não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção nas hipóteses de situação de emergência ou após prévio aviso, quando a interrupção for motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações e, ainda, se ocorrer inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade*. Ao fazer isto, esta norma criou verdadeira antinomia institucional à natureza do serviço público, eis que, embora haja a descontinuidade do serviço, o dispositivo considera não ter tal fato ocorrido, se os motivos foram possíveis de se enquadrar nos Incisos I e II, configurando verdadeiras hipóteses de excludente da responsabilidade do concessionário, como quer Mukai.³²

Cumprir observar, todavia, que o referido diploma legal estabelece que o corte do fornecimento de energia deve condicionar-se ao interesse da coletividade, ou seja, ele somente será possível *quando o interesse da coletividade assim o determinar*. A interrupção (ou não) do serviço deve fundamentar-se, pois, no princípio da supremacia do interesse público envolvido na espécie, que se constitui como um dos princípios fundamentais do Direito Público e sustentáculo do Poder Estatal.

Se é verdade que, a fim de garantir a sua continuidade, eficiência, bem como a modicidade de suas tarifas, os contratos de concessão admitem a intervenção do poder concedente no serviço prestado de modo que o mesmo seja executado e mantido em perfeitas condições de regularidade e continuidade, mesmo que a execução tenha sido entregue a uma pessoa jurídica de direito público, isto ocorre porque o prestador do serviço público age na qualidade de *longa manus* do Estado, devendo orientar-se pelo regime jurídico que rege as relações jurídicas em que o Estado é parte, ou seja, não se duvida, o regime jurídico de direito público. Em face disto é que a concessionária possui o dever de prestar serviço adequado, não podendo ela suspendê-lo unilateralmente, o que destaca ainda mais a impossibilidade (nos contratos de direito público) de se alegar simplesmente a exceção do contrato não cumprido na espécie, sob pena de se renunciar ao regime próprio do serviço.³³

³¹ Ver os trabalhos de ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002; NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1997.

³² MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.24.

³³ Ver os trabalhos de JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2005; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários às Leis n.ºs 8.987 e 9.074 (parte geral), com as modificações introduzidas pela Lei n.º 9.648, de 27.05.1998*. São Paulo: Malheiros, 1998; GRAU, Eros Roberto. *Suspensão do fornecimento de energia elétrica: constitucionalidade, código do consumidor, princípios e os postulados normativos aplicativos da razoabilidade e da proporcionalidade*. In Revista Trimestral de Direito Público, n. 36. São Paulo: Malheiros, 2002.

III – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tenho que ao tentarmos discutir o tema da natureza jurídica da prestação do serviço público de energia elétrica no Brasil e as possibilidades dele ser sustado em face de inadimplências pretéritas – haja vista que dívidas presentes não ensejam a continuidade do serviço em face de que ele precisa ser mantido orçamentariamente, salvo existência de lei que autoriza alguma forma de benefício social – é preciso termos presente que, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade patrimonial (envolvendo o (des)cumprimento de contratos e obrigações lícitas), deve incidir sobre o patrimônio do devedor, e não sobre a própria pessoa, de forma que – como já vimos - quando o corte de energia elétrica é utilizado a fim de coagir o consumidor a efetuar o pagamento das parcelas em atraso, configura prática abusiva por parte da concessionária de energia elétrica, uma vez que os meios adequados para que a concessionária receba os valores decorrentes do serviço por ela prestado são a ação de cobrança e a ação de execução. A suspensão do serviço, decorrente de ato unilateral da concessionária, salvo melhor juízo, configura crime de exercício arbitrário das próprias razões, na medida em que viola o sistema jurídico e a própria dignidade da pessoa humana.³⁴

Na mesma direção o Ministro Luiz Fux, ressaltando posição na direção da proteção de direito fundamental e da dignidade da pessoa humana, teve oportunidade de referir que:

ADMINISTRATIVO. CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE. 1. A 1.ª Seção, no julgamento do REsp n.º 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei n.º 8.987/95, art. 6.º, § 3.º, II). 2. Ademais, a 2.ª Turma desta Corte, no julgamento do REsp n.º 337.965/MG entendeu que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei n.º 8.987/95. 3. Ressalva do entendimento do relator, no sentido de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica - como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida, curvo-me ao posicionamento majoritário da Seção. 4. A aplicação da legislação infraconstitucional deve subsumir-se aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal. 5. A Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa não empreender o corte de utilidades básicas de um hospital ou de uma universidade, tampouco o de uma pessoa que não possui módica quantia para pagar sua conta, quando a empresa tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. 6. Ressalvadas, data maxima venia, opiniões cultíssimas em contrário e sensibílíssimas sob o ângulo humano, entendo que 'interesse da coletividade' a que se refere a lei pertine aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos. 7. Por outro lado, é mister considerar que essas empresas consagram um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, por isso que é notório que essas pessoas jurídicas recebem mais do que experimentam inadimplementos. 8. Destacada minha indignação contra o corte do fornecimento de serviços essenciais a municípios, universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos, submeto-me à jurisprudência da Seção. 9. Recurso

³⁴ Para um estudo mais aprofundado sobre o princípio da dignidade humana, vale a leitura da obra de SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

*especial improvido, por força da necessidade de submissão à jurisprudência uniformizadora.*³⁵

Veja-se que aqui há um destaque importante que precisa ser feito, a saber, a circunstancialidade do caso concreto quando envolve a periclitacão de direito fundamental do sujeito individual em face do sujeito coletivo que é toda a sociedade usuária dos serviços sob comento. Em outras palavras, se a energia elétrica se apresenta como bem jurídico densificador material da efetivação da dignidade da pessoa humana e enquanto condição de possibilidade para o exercício efetivo da cidadania, mister é que ele seja cotejado com o universo de sujeitos de direitos que pretende alcançar.

Vem a calhar, na espécie, a abordagem que Alexy faz sobre a forma de solucionar casos concretos a partir de uma perspectiva mais ampliada do sistema jurídico e sua relação com o meio em que atua, notadamente em face de seus princípios e regras jurídicas. Considera o autor que os princípios são **normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível**, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas existentes no entorno em que eles operam. Os princípios são, por conseguinte, **mandados de otimização**, que se caracterizam por que podem ser cumpridos em diversos níveis e graduações, e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só dependem das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas³⁶.

Veja-se que a dimensão das possibilidades fáticas leva à utilização dos princípios de adequação e necessidade das demandas em face dos recursos existentes. Aplica-se, a partir daqui, a chamada **lei da ponderação**, em que quanto mais alto seja o nível de descumprimento de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento de outro³⁷.

Com base nestas reflexões, impõe-se efetivamente ao Poder Judiciário não perder de vista a natureza social (mais que individual) do serviço prestado em termos de fornecimento de energia elétrica, essencial sim, mas a toda comunidade, e não somente a uma parcela dela; que tal bem jurídico, por ser finito, demanda racionalização e custo financeiro à sua coleta e fornecimento, motivo pelo qual deve haver uma política pública definindo a quem compete providenciá-la e fornecê-la, bem como a forma de fazê-lo, com que custo e pago por quem.

Tais dimensões fáticas, quando associadas ao universo jurídico cogente, não têm o condão de afastar ou mesmo flexibilizar direitos sociais e fundamentais, mas tão somente de contextualizar e mesmo equacionar os múltiplos interesses e bens jurídicos envolvidos na espécie de conflito de que se trata – e não se tenha dúvidas sobre o fato de que existem sempre inúmeros bens, conflitos e interesses (explícitos ou implícitos) interagindo em qualquer tensão social ou intersubjetiva.

Neste particular, tratando-se de fornecimento de energia que demanda estruturas econômicas mínimas à sua viabilização, mister é que a ponderação dos interesses em litígio sempre seja aferida no caso concreto, verificando-se quais os

³⁵ No Recurso Especial nº691516 / RS, relator Ministro Luiz Fux. I Turma, julgado em 11/10/2005, publicado no Diário de Justiça de 24/10/2005, p.193. Ver nesta direção o trabalho de ROCHA, Fabio Amorim da. *A legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores inadimplentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.118.

³⁷ Vai nesta direção vai também o trabalho de ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Madrid: Civitas, 2001, p. 83.

valores, princípios e regras que estão em jogo, para então, se for o caso, relevar – diante da impossibilidade fática de se atender satisfativamente todas as pretensões –, quais as que merecem relevo no particular, procurando atender, no máximo, o plexo de garantias fundamentais sociais e individuais existentes e envolvidas (notadamente aqueles atinentes ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana).

Junto com o Ministro Luiz Fux, tenho que *o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica - como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida*, não se podendo aceitar simplesmente este mecanismo como fórmula de coatar o cumprimento arbitrário de obrigação contratual. Nestes casos, deve o Judiciário coibir tal comportamento, fazendo com que tais relações sejam levadas à esfera devida de execução.

Aliás, quando a Lei Federal nº8.987/95, prevê a possibilidade de não caracterizar descontinuidade do serviço público sob comento a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando ocorrer o inadimplemento do usuário, o faz considerando o interesse da coletividade. O que podemos entender por tal disposição normativa?

Novamente acompanho o Ministro Fux em seu voto: *ressalvadas, data maxima venia, opiniões cultíssimas em contrário e sensibilíssimas sob o ângulo humano, entendo que 'interesse da coletividade' a que se refere a lei pertine aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos*. Em outras palavras, quando se estiver diante de interesses de natureza tal que diga respeito à garantia constitucional fundamental, assecuratória do mínimo existencial, cuja periclitacão ameace de forma substancial a dignidade da pessoa humana, então estar-se-á diante de uma situação que não admite a suspensão do serviço, porque isto poderia contra a própria comunidade, no seu significado mais republicano³⁸.

Ao se aferir no caso se há ou não tal ameaça de violação a direito social ou individual, revela-se inexorável avaliar, dentre os interesses e bens envolvidos, quais os que estão a demandar maior atenção e cuidados no caso, isto porque, não se esqueça, há princípios e regras jurídicas operando sobre eles: (a) na perspectiva do fornecedor da energia, a relação contratual entabulada com o consumidor, prevendo o pagamento do serviço como contraprestação e forma de viabilizar a sua continuidade, modicidade, qualidade, eficiência, para toda a sociedade; (b) na perspectiva do consumidor, da mesma forma, o de receber tal serviço nestas condições, inclusive participando do controle efetivo dos seus requisitos constitutivos.

A inadimplência de qualquer uma das partes implica sérias conseqüências, tanto individuais (possibilidade de suspensão do serviço e cobrança da dívida), como sociais (inviabilizando a prestação deste serviço para os demais consumidores, por ausência de estrutura financeira necessária, o que pode gerar quiçá problemas de segurança comunitária)³⁹.

³⁸ Estou, pois, divergindo de algumas posições doutrinárias que sustentam, de forma radical, que constitui prática abusiva o corte de energia elétrica por falta de pagamento, eis que o serviço é considerado essencial, não prevalecendo a norma que autoriza a interrupção (art. 6º, parágrafo 3º, II da Lei 8. 987/95), pois a mesma conflita com o Código do Consumidor, prevalecendo a norma consumeirista em razão do princípio da proibição de retrocesso ao invés do princípio *lex posteriori revoga legis a priori*, como quer MARTINS, P. Luis. *Corte de energia elétrica por falta de pagamento: prática abusiva*. Brasília: Consulex, 2004, p.39.

³⁹ Nesta direção, o trabalho de OLIVEIRA, José Carlos de. *Código de proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: LED, 1998, p. 101-102. Igualmente: PINHEIRO,

Ora, se a parte consumidora do serviço público não se encontra em estado de periclitaco do seu mínimo existencial capaz de lhe comprometer a vida ou suas funções vitais e neurais  concretização dos direitos fundamentais, sociais e individuais, não pode simplesmente deixar de cumprir com sua quota comunitária de responder pelas condições de prestação do serviço (pagamento do preço ou tarifa públicas), sob pena de comprometer os níveis de existência digna de seus pares em igual situação de sujeitos de direito⁴⁰.

De toda a sorte, como referido dantes, são as especificidades do caso concreto que deverão delimitar as condições de possibilidades de solução da lide.

Se é certo que inexistem soluções fáceis neste âmbito, eis que o bem jurídico tutelado diz com a dignidade da vida humana, não é menos correto afirmar que o sopesamento deste bem deve levar em conta sua natureza coletiva e societária, em face de sua dimensão individual. Ademais, veja-se que, inexistindo norma constitucional ou infraconstitucional que discipline a gratuidade ou mesmo a isenção do pagamento de tais serviços, até que sejam editadas, ou que se conclua pela responsabilidade do Estado em prestá-los por dever de ofício, gratuita e universalmente, não se pode imputar simplesmente  concessionária o nus de suportar o inadimplemento injustificado do consumidor, porque beira a ilicitude.

Nas ações judiciais que acorrem aos tribunais brasileiros, muitas vezes, o consumidor em momento algum contesta os valores que lhe estão sendo cobrados pelo fornecedor, pela prestação do serviço, tampouco questiona a modicidade, qualidade e eficiência dos preços praticados, referindo tão somente que não tem condições de pagar o serviço prestado, sem contudo demonstrar nenhuma iniciativa de tentar o equacionamento do problema que enfrenta, como que relegando ao concessionário a obrigatoriedade de encontrar uma solução para uma situação que ele ajudou a criar.

Tais soluções devem, ao contrário de serem atribuídas somente a uma parcela dos atores sociais, contar com a participação ativa de todos os beneficiados e responsáveis por elas.

IV – BIBLIOGRAFIA

AGUILAR, Fernando Herren de. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffr, 2000.

Claudia. *A suspensão de serviço público em virtude do inadimplemento do usuário  luz dos princípios da boa-fé e da proporcionalidade*. In Revista de Direito do Consumidor, n. º 40, p. 74, out. /dez. 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁴⁰ Veja-se que, neste sentido, a Corte Especial tem entendido não poder haver corte indiscriminado de energia elétrica, principalmente quando provoca prejuízos a toda uma comunidade, que depende desse bem para seu funcionamento. Aqui, o direito  suspensão da energia, quando o usuário deixa de efetuar o pagamento da contraprestação ajustada, não é refutado, pois decorre de previsão legal. O que se procura impedir são os resultados gravosos decorrentes do corte quando efetuado de forma indiscriminada, assim considerado o que é realizado sem que a concessionária tome as providências necessárias no sentido de preservar os serviços essenciais  população. Significa dizer que, se tais precauções forem tomadas, o corte pode ser efetivado. Ver decisão do STJ-2ª. Turma, Resp 302620-SP, rel. p/ o acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 11.11.03, DJ 16.02.04.

- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho Administrativo*. Madrid: Ariel, 2004; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários às Leis nºs 8.987 e 9.074 (parte geral), com as modificações introduzidas pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcello, et all. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CARBAJO, Joël. *Droit des services publics*. Paris: Dalloz, 2003.
- CHINCHILLA, Carmen Marín. *El servicio público: una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?* In *Estudios sobre la Constitución Española*, Tomo II. Madrid: Civitas, 2002.
- CRETELLA JR., José. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Madrid: Civitas, 2001.
- FREITAS, Juarez. *O Estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos..* In *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GEZE, Gastòn. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- . *Suspensão do fornecimento de energia elétrica: constitucionalidade, código do consumidor, princípios e os postulados normativos aplicativos da razoabilidade e da proporcionalidade*. In *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 36. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2002.
- . *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2005.
- LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Sociedade e Administração Pública: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- . *Hermenêutica e Direito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.
- MARTINS, P. Luis. *Corte de energia elétrica por falta de pagamento: prática abusiva*. Brasília: Consulex, 2004.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- . *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Forense, 2001.
- MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviço Público: Conceito e Delimitação na Ordem Constitucional*. In Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- OLIVEIRA, José Carlos de. *Código de proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: LED, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PINHEIRO, Cláudia. *A suspensão de serviço público em virtude do inadimplemento do usuário à luz dos princípios da boa-fé e da proporcionalidade*. In Revista de Direito do Consumidor, n.º 40, p. 74, out. /dez. 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ROCHA, Fábio Amorim da. *A legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores inadimplentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SABINO, Alvarez Gendín. *El servicio público: su teoría jurídica administrativa*. Madrid: IEP, 2004.
- SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SEGALLA, Alessandro. *A Suspensão do Fornecimento de Energia Elétrica a Usuário Inadimplente à Luz da Constituição Federal*, in Revista de Direito do Consumidor, n.º 37, janeiro-março/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Vol. I. Milano: Cedam, 2000.

AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO DOS EUA

Gabriel Boavista Laender*

SUMÁRIO

Introdução. 1. Fundamentos do Direito americano. 1.1 Origem histórica do direito dos EUA. 1.2 A noção de regra do direito no direito dos EUA (*legal rule*). 1.3 O direito jurisprudencial (*case law*, *common law* e *equity*). 1.4 O direito legislado (*statute law*). 2. Fundamentos do Direito Administrativo americano. 2.1 O desenvolvimento da Administração Pública e o surgimento de agências reguladoras. 2.2 A definição de agência segundo o direito dos EUA. 2.3 Competência exclusiva e competência quase-judicial (*adjudicatory authority*). 2.4 Competência quase-legislativa (*rulemaking authority*). Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Elemento central da reforma promovida no Estado brasileiro na década de 1990, em especial no setor de telecomunicações, as ditas agências reguladoras ainda carecem de adequado estudo e fundamentação teórica. Afirmar que se constituem institutos incompatíveis com o direito brasileiro, uma vez que originadas em país de tradição da *common law*, somam-se a afirmações, igualmente proferidas e difundidas, de que se cuidam de institutos que nada acrescentaram ao direito brasileiro, haja vista serem meras réplicas das já conhecidas autarquias, nada lhes acrescentando de novo.

Ciente desse fato, a doutrina brasileira tem se esforçado por suprimir tal lacuna, e nos últimos anos o tema das agências reguladoras tornou-se recorrente em livros, artigos, ensaios, teses, dissertações e monografias as mais diversas. Não obstante os excelentes trabalhos que muitas vezes se têm produzido, nota-se, em geral, um razoável desconhecimento dos fundamentos de legitimação jurídica desses institutos em seu país de origem, os Estados Unidos da América. A esse fato soma-se um desconhecimento dos próprios fundamentos do direito americano – fundamentos esses que, desconsiderados, podem levar a conclusões errôneas. Todavia, conhecer os fundamentos de legitimidade das agências nos EUA pode se mostrar valioso para a busca de legitimação desses institutos no Brasil.

É visando a contribuir para um esclarecimento da experiência jurídica americana, em especial no setor de telecomunicações, que o presente trabalho foi elaborado. Nesse mister, primeiramente buscou-se esclarecer os princípios do direito americano, ressaltando suas particularidades frente ao direito brasileiro, bem como indicando os métodos pelos quais são organizadas as leis, os regulamentos e as decisões judiciais naquele país – cujas citações muitas vezes confundem os juristas pátrios. Em seguida, abordou-se o tema das agências reguladoras em si, enfatizando-se a legitimação dos chamados poderes quase-judiciais e quase-legislativos desses entes, para, então, oferecer uma conclusão acerca do que significou a adoção das

* Especialista em Regulação de Telecomunicações pela UnB, Procurador do Estado do Espírito Santo, Membro do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB.

agências reguladoras pelo Direito Americano, especialmente no que concerne aos pressupostos de validade de seus poderes e a sua função institucional.

CAP. 1: FUNDAMENTOS DO DIREITO AMERICANO

1.1. ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DOS EUA¹

A ocupação inglesa do território norte-americano data somente do séc. XVII, sendo que a primeira colônia, Virgínia, foi estabelecida em 1607. Com a chegada dos colonos, natural era que trouxessem consigo o direito de seu país de origem. De fato, em 1608, as cortes de Londres, no chamado *Calvin's case*, estabeleceram a regra que prevaleceria até a independência dos Estados Unidos: a *common law* inglesa é aplicável às colônias da Inglaterra, pois os *súditos ingleses levam-na com eles, quando se estabelecem em territórios que não estão submetidos a nações civilizadas*². Esse princípio, todavia, comportava importantíssima restrição: a *common law* somente seria aplicável **na medida em que suas regras fossem apropriadas às condições de vida reinantes nas colônias**.

Ocorre, porém, que na América do séc. XVII, as condições de vida eram substancialmente diferentes das da Inglaterra. Os problemas da colônia eram bastante distintos dos da metrópole – esta uma sociedade tipicamente feudal; aquela, uma sociedade ainda em formação, sem estruturas de governo consolidadas. Por conseguinte, as fórmulas da *common law* não se mostravam apropriadas à solução de diversas questões presentes na vida dos colonos, motivo pelo qual a restrição ao princípio do *Calvin's case* alcançaria um escopo a princípio bastante superior ao esperado em uma primeira análise. Adicionalmente, não havia juristas em mínima quantidade para atender qualquer povoado que fosse, e tampouco havia interesse em trazê-los da Inglaterra ou, ainda, de lá os instruir. Assim, embora aplicável, a *common law* era absolutamente desconhecida da América de então. Além disso, a *common law* não era vista com bons olhos por boa parte dos colonos, muitos egressos de perseguições por parte das instituições inglesas e, portanto, pouco infensos a ver em um instituto inglês o meio de proteção de seus direitos.

Desta forma, abriu-se espaço para uma aplicação muito mais arbitrária do direito do que na Inglaterra, uma vez que a aplicação do direito não se encontrava vinculada à doutrina do precedente (*stare decisis*) já desenvolvida naquele país. Em virtude disso, diversas colônias chegaram a presenciar movimentos de codificação do direito – que, contudo, nada têm a ver com a técnica de codificação dos países de tradição romano-germânica. Em verdade, mais do que uma sistematização do direito, buscava-se na lei escrita proteção contra o arbítrio e as ameaças às liberdades individuais – ao contrário do pensamento inglês, que via na disciplina do direito pela lei justamente a possibilidade de afronta a essas liberdades.

O séc. XVIII, contudo, presenciou outra realidade na América – determinante para a consolidação da *common law* como principal fonte do direito

¹ Cf. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 449 a 458; e POUND, Roscoe. **The Formative Era of American Law**. Gloucester: Little, Brown and Company, 1938.

² DAVID, 2002, p. 449.

estadunidense. Por um lado, as condições de vida dos colonos passam a ser muito melhores, e começam a demandar soluções mais sofisticadas aos problemas do dia-a-dia. O direito inglês, já àquela época bastante aprimorado, se afigura como um bom repositório dessas soluções. A publicação de obras de juristas como Blackstone, nesse ponto, exerce grande influência. Por outro lado, a *common law* passa a ser vista como um liame entre tudo o que tem origem inglesa na América, haja vista a ameaça da expansão do domínio francês na Louisiana e no Canadá.

Este cenário, contudo, já ao fim desse mesmo séc. XVIII, se modificaria. Em 1763, o Canadá foi anexado pela Inglaterra, e a Louisiana viria a ser adquirida pelos EUA em 1803. O perigo francês, portanto, deixou de existir. Em verdade, com a proclamação da independência americana em 1776, e sua efetiva consagração em 1783, a França deixou de ser inimiga para ser uma nação amiga e aliada.

Contraposta à tendência de aproximação com o direito inglês verificada no séc. XVIII, surgiu no séc. XIX a necessidade de se conferir autonomia ao direito dos EUA frente ao direito inglês, como forma de afirmação da nova nação ante sua antiga metrópole. A esse fato somou-se, no campo doutrinário, a especial ascensão das idéias do direito natural. Tal ambiente tornou-se fértil à codificação do direito, tendência que de fato se apresentou fortemente nos EUA nessa época. De fato, a lei foi eleita como baluarte máximo dos direitos e garantias individuais, bem como da organização do Estado, ao ponto que os EUA inauguraram no mundo a idéia de Constituição. Parecia lógico, portanto, que à Declaração dos Direitos e à Constituição americanas se seguissem códigos estabelecendo o direito e, por fim, cessando a aplicação das construções jurisprudenciais inglesas no território americano.³

Todavia, a primeira opção houve por se confirmar, embora até meados do séc. XIX não se pudesse afirmar com certeza se os EUA se vinculariam à *common law* ou à tradição romano-germânica. A esse respeito, René David é bastante elucidativo:

³ Roscoe Pound sintetiza com primor a formação do direito americano até esse período: “It [the common law] was heavily burdened with the formalism of the strict law. Its ideals were those of the relationally organized society of the Middle Ages and so quite out of line with the needs and ideas of men who were opening up the wilderness. It spoke from an era of organization while the colonists represented an oncoming era of individualism. But there was little need for law until the economic development of the colonies and the rise of trade and commerce in the eighteenth century. Then there began to be trained lawyers practicing in the courts and courts manned by trained lawyers, so that the reception of the common law and reshaping it into a law for America were well begun at the time of the Revolution. The Revolution, however, and its results in the years immediately following, set back this development for a time and led to a critical period in the history of our law. The conservatism characteristic of lawyers led many of the strongest men at the bar to take the royalist side and decimated the profession. A deep and widespread economic depression set in. Business had been wholly deranged. The ports had been closed and trade cut off. Enormous public debts required ruinous taxation. It was an era of strict foreclosure and imprisonment for debt. For a generation after the Revolution, law and lawyers suffered from the ill effects of this period of depression. Moreover, political conditions gave rise to a general distrust of English law. Naturally the public was very hostile to England and to all that was English, and it was impossible for the common law to escape the odium of its origin. The books are full of illustrations of the hostility toward English law simply because it was English which prevailed at the end of the eighteenth and in the earlier years of the nineteenth century.” (1938, pp. 6 e 7.)

Não há muita necessidade de nos interrogarmos sobre as razões que explicam este *triumfo* da *common law*. A língua inglesa e o povoamento originariamente inglês dos Estados Unidos mantiveram este país na família da *common law*. As obras magistrais de certos juristas, entre os quais convém citar em primeiro lugar Kent, com os seus *Comentários* (1826-1830), e Story, asseguraram a adesão dos Estados Unidos a este sistema. Devemos acrescentar ainda a influência das escolas de direito, que apenas conheceram uma verdadeira expansão depois da Guerra de Secessão (1861-1865), mas que, desde o início da independência, vêm contribuindo para a formação de especialistas, mediante um ensino fundado sobre a *common law*.

Não obstante, o flerte que o direito americano teve com o direito romano-germânico deixou seqüelas, nomeadamente uma postura menos rígida no tratamento dos precedentes judiciais e um reconhecimento maior à função da lei como fonte de direito. Hodiernamente, época em que o próprio direito inglês adota progressivamente institutos típicos do direito romano-germânico, as diferenças entre o direito dos EUA e o de países de tradição romano-germânica, como o Brasil, é cada vez mais sutil.

1.2. A NOÇÃO DE REGRA DO DIREITO NO DIREITO DOS EUA (LEGAL RULE)

Em decorrência de sua tradição vinculada ao direito inglês, em que o direito era fundamentalmente criado mediante decisões judiciais, o jurista norte-americano – assim como o jurista inglês – tem uma forma diversa de visualizar o direito. Uma vez que é uma decisão em um caso concreto a principal fonte do direito na *common law*, a noção de regra de direito (ou *legal rule*) está essencialmente vinculada à aplicação concreta, diferentemente do que ocorre com a tradição romano-germânica, em que a regra de direito (ou, mais propriamente, a norma jurídica) possui um conceito abstrato. A esse respeito, René David ensina que:

A legal rule inglesa [e, por conseguinte, a norte-americana] coloca-se ao nível do caso concreto em razão do qual, e para cuja resolução, ela foi emitida. Não se pode colocá-la a um nível superior sem deformar profundamente o direito inglês, fazendo dele um direito doutrinário[...] A regra de direito inglês é uma regra apta a dar, de forma imediata, a sua solução a um litígio; não a compreendemos verdadeiramente e não podemos apreciar o seu alcance sem conhecer bem todos os elementos do litígio, a propósito do qual ela foi afirmada.⁴

1.3. O DIREITO JURISPRUDENCIAL (CASE LAW, COMMON LAW E EQUITY)

O direito jurisprudencial dos EUA recebe, de forma genérica, a denominação *case law*. Os termos *common law* e *equity* dizem respeito ao direito cuja fonte é exclusivamente jurisprudencial. A *common law* abrange o direito desenvolvido a partir da criação dos Tribunais Reais ingleses, enquanto a *equity* abrange o direito desenvolvido a partir da jurisprudência do Tribunal da Chancelaria inglês. Portanto, julgados interpretando dispositivos de lei integram o *case law*, mas não constituem propriamente nem *common law*, nem *equity*.

⁴ DAVID, 2002, p. 409.

A *common law* e a *equity* abrangem temas mormente relacionados aos nossos Direitos Civil e Penal, bem como a regras processuais, especialmente no que diz respeito à produção de provas (*fact finding*). A revisão judicial de atos administrativos também encontra fundamento na *common law* e na *equity* (o *writ of mandamus*, por exemplo, tem origem na *common law*), todavia hodiernamente há diversos dispositivos legais cuidando desse tema, em que se destaca o *Administrative Procedure Act*, a ser tratado adiante.

A maior parte dos litígios ocorre perante as cortes dos Estados. Cada Estado possui, segundo sua Constituição e suas leis, seu próprio sistema judiciário. Embora bastante diversos entre si, esses sistemas em geral comportam uma primeira instância de competência genérica, tanto civil como penal, conduzida por juízes singulares. Não obstante, há também juízos de competência especializada para lidar com matérias criminais, de família, infância e adolescência, entre outras. Existem também instâncias inferiores para lidar com pequenas causas, conduzidas por juízes de paz, ou ainda inseridas na estrutura organizacional de condados ou municípios (conforme a forma de descentralização adotada pela Constituição de cada Estado) ou mesmo da própria polícia local. Há também uma instância revisional final, normalmente chamada suprema corte (*supreme court*) estadual, mas em alguns casos denominada de outra forma – o Estado de Nova Iorque, por exemplo, é capitaneado por uma corte de apelações (*court of appeals*).

As cortes federais possuem três instâncias: cortes distritais (*district courts*); cortes ou tribunais de apelação (*courts of appeals*) e a Suprema Corte (*Supreme Court*). Há ainda instâncias especializadas, como a *Court of Claims* – competente para julgar processos de responsabilidade civil contra o Governo dos EUA –, a *Customs Court*, a *Court of Customs and Patent Appeals*, a *Court of International Trade* e a *Court of Military Appeals*. As agências administrativas federais, mesmo quando munidas de funções judicantes muito próximas às do Poder Judiciário, não são consideradas integrantes do sistema judiciário federal dos EUA.

Submetem-se à jurisdição federal os casos de ofensa à lei penal federal; os casos em que os Estados Unidos⁵ forem parte; casos entre particulares que envolvam direito federal (sob a chamada jurisdição da “questão federal” – *federal question jurisdiction*); e, finalmente, casos entre cidadãos de diferentes Estados (sob a chamada jurisdição da diversidade – *diversity jurisdiction*).

As cortes distritais constituem a primeira instância da justiça federal, e possuem competência genérica tanto para o julgamento de causas civis como penais. Dependendo da legislação específica, em muitos casos lhes compete também a revisão de decisões de agências administrativas. As cortes distritais distribuem-se de forma não-uniforme pelo território americano, em alguns Estados há somente uma corte, enquanto em outros se chega ao número de quatro. Cada corte distrital possui uma variedade de juízes, porém a maior parte dos casos é conduzida por um juiz singular – que pode atuar sozinho ou presidindo um tribunal do júri. Alguns casos,

⁵ Aqui se faz referência não ao país, figura de direito público internacional, mas ao ente federado, correspondente no Brasil à União.

porém, devem ser decididos por uma turma de três juízes, dos quais um deve pertencer a uma corte federal de instância superior.⁶

As decisões das cortes distritais podem ser revistas pelos tribunais de apelação. São treze os tribunais de apelação, cada um correspondendo a um Circuito. Dos treze Circuitos, doze compreendem divisões geográficas do território americano – sendo que um lida exclusivamente com apelações oriundas do Distrito de Columbia. O tribunal que resta é chamado *Court of Appeals for the Federal Circuit*, e tem jurisdição nacional sobre apelações em casos especializados como direito de patentes ou comércio internacional. Haja vista as severas limitações processuais de acesso à Suprema Corte, os tribunais de apelação correspondem à instância final para a maior parte dos casos. O número de juízes que conduzem cada caso varia de acordo com cada circuito, porém normalmente as apelações são decididas por turmas (*panels*) de três juízes. Importante ressaltar que as decisões de algumas agências administrativas são revistas diretamente pelos tribunais de apelação.

Por fim, no topo da hierarquia federal se encontra a Suprema Corte, que desde 1869 é composta por nove juízes: um *Chief Justice* e oito *Associate Justices* ou, simplesmente, *Justices*. Cuida-se da única corte com assento constitucional – todas as demais foram estabelecidas pelo Congresso, conforme a competência estatuída no artigo III, seção 1,⁷ da Constituição americana. Compete à Suprema Corte rever as decisões inferiores da Justiça Federal americana, assim como decisões das cortes superiores dos Estados, face a questões constitucionais **substanciais** (em alguns poucos casos, inclusive, pode-se apelar diretamente das *district courts*). Outra competência atribuída à Suprema Corte, a que se somam outras de menor relevo para o presente estudo, é a de decidir, de forma final, controvérsias entre os Estados.

As decisões judiciais no direito americano possuem uma dupla função. A primeira, também presente nos países de tradição romano-germânica, é a de decidir de forma definitiva uma controvérsia submetida ao Poder Judiciário. Com relação a essa função aplica-se a noção de coisa julgada (em inglês usa-se o latim *res judicata*), qual seja, a vedação de nova apreciação pelo Judiciário de questão já decidida em instância final. Nos EUA, assim como no Brasil, o juiz não pode abdicar de exercer essa função.

A segunda função é a de estabelecer um precedente de modo a que casos semelhantes sejam no futuro decididos da mesma forma. Essa função é característica dos países da tradição do *common law*, e é nomeada doutrina do precedente (*doctrine of precedent*) ou, ainda, doutrina do *stare decisis* (da expressão em latim *stare decisis et non quieta movere*⁸)⁹. A regra do precedente tem origem na

⁶ FARNSWORTH, Allan E. **An Introduction to the Legal System of the United States**. New York: Oceana Publications, 1996, pp. 39 e 40.

⁷ “The judicial Power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish.”

⁸ “Apoiar as decisões e não perturbar os pontos pacíficos” (FARNSWORTH, Allan E. (traduzido por Antônio Carlos Diniz de Andrada). **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 61.)

⁹ A doutrina justifica o uso da regra do precedente pela garantia de equidade, previsibilidade, economia processual e respeito à sabedoria e à experiência dos juízes das gerações anteriores (cf. FARNSWORTH, 1963, p.49).

tradição da *common law*, e, por esse motivo, não se encontra escrita quer na Constituição, quer em lei ou norma de qualquer espécie¹⁰.

No que diz respeito à aplicação da doutrina do precedente, o *case law* pode ser dividido em duas categorias: persuasivo (*persuasive*) e vinculativo (*binding*). As decisões persuasivas não obrigam a que o juiz as obedeça, e servem apenas como elemento para seu convencimento (exercem, portanto, a função que a jurisprudência em geral exerce no Brasil). São persuasivas as decisões de cortes de outras jurisdições, bem como as decisões de outras cortes de igual instância em uma mesma jurisdição. Assim, no âmbito federal, as *district courts* não estão obrigadas a seguirem as decisões das cortes estaduais¹¹, nem as decisões de outras *district courts* – da mesma forma, a *Court of Appeals* de um Circuito não está obrigada a seguir as decisões da de outro Circuito. A doutrina do precedente, portanto, não se aplica às decisões meramente persuasivas.

As decisões vinculativas, contudo, são de observância obrigatória. São vinculativas as decisões de cortes superiores da mesma jurisdição, bem como as decisões anteriores da corte a que foi submetida a lide atual. Deste modo, no âmbito federal, as *district courts* estão vinculadas às suas decisões anteriores, bem como às decisões da *Court of Appeals* do Circuito a que estejam subordinadas – as decisões dos tribunais de apelação de outros Circuitos possuem efeito somente persuasivo. As decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, por fim, vinculam tanto as cortes

¹⁰ O fato de ser uma doutrina apoiada tão somente na tradição permitiu, inclusive, ao Juiz James E. Robinson, da Suprema Corte da Dakota do Norte, ganhar notoriedade por, validamente, não aplicá-la. O jornal *Harvard Law Review*, comentando as decisões desse juiz, insere-as num movimento mais amplo de contraposição à rigidez da *common law*, identificando-as, inclusive, com os próprios motivos que levaram à criação das agências reguladoras: “RULE AND DISCRETION IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE – The last two decades have witnessed a series of persistent attacks upon the administration of justice by the courts. The courts of the nineteenth century were unyielding in their faith that justice must be administered in accordance with fixed rules, which could be applied by a rather mechanical process of local reasoning to a given state of facts and made to produce an inevitable result. One phase of the reaction against this kind of legal administration appears in the creation of administrative boards and tribunals for handling special problems, – such as determining “reasonable” rates and “reasonable” service by a public service company, fixing the amount of compensation under Workmen’s Compensation Act, etc. – for which, it was conceived, the ordinary judicial machinery was too cumbersome or too dilatory. Another phase of the movement appears in the creation of juvenile courts, domestic relations courts, and even municipal courts, which, while preserving the name and many of the characteristics of courts, yet adopt the methods of executive rather than judicial justice. In other words, as compared with ordinary courts, all these tribunals proceed more by the application of a trained intuition to the facts of a particular case, and less by articulate reasoning from stated premises in the form of legal rules or principles.//It is perhaps too early to make a confident evaluation of the effects of these tendencies upon American legal administration. Yet one may feel sure that the ultimately satisfactory solution lies in overhauling and readjusting our legal machinery to meet the present social demands, in a careful study of these new demands and of the means by which to satisfy them, rather than in haphazard blows at the legal institutions which the experience of the past has given us. In this connection it is interesting to note the attempts at legal reform made by Mr. Justice James E. Robinson of the Supreme Court of North Dakota. (...) Mr. Justice Robinson’s *bête noire* is the doctrine of *stare decisis*.” (NOTES, vol. 33, 1920, pp. 972 e 973.) Interessante notar que as agências reguladoras, que no Brasil são muitas vezes criticadas por serem mera importação de um modelo da *common law*, são criticadas nesse artigo justamente por significarem uma ruptura com as estruturas fundamentais dessa mesma *common law*.

¹¹ Essa regra comporta importante exceção: nas matérias de competência constitucional dos Estados (ou seja, matérias sobre as quais a Constituição não atribuir competência para o governo federal legislar), a Justiça Federal está obrigada a observar o *case law* dos Estados, conforme a decisão da Suprema Corte no caso *Erie Railroad Co. v. Tomkins*, 304 U.S. 64 (1938).

federais como as estaduais – não obstante sejam muito raros os pronunciamentos da Suprema Corte a respeito de matéria de competência exclusiva dos Estados.

Todavia, nem tudo que consta de uma decisão judicial tida como vinculativa deve obrigatoriamente ser seguido. A doutrina diferencia entre o que constitui os motivos da decisão (*the holding of a case*¹²) e o que constitui opinião incidental (*obiter dictum*, ou, simplesmente, *dictum*). Somente as razões pertinentes ao objeto da lide são vinculativas, as opiniões emitidas sobre questões não diretamente ligadas à demanda possuem efeito persuasivo somente.

É necessário ressaltar que a doutrina do precedente não possui aplicação absoluta. O peso de uma decisão dependerá, entre outras coisas, do fato de ter sido ou não uma decisão unânime, da veemência de eventuais opiniões em dissenso proferidas por ocasião do julgamento, da provável extensão que os julgadores originais imaginaram que teria a decisão, entre outros. Da mesma forma, as diferenças e semelhanças entre o precedente e o caso atual podem ser mais ou menos enfatizadas, de sorte que o precedente poderá ser aplicável caso se dê relevo às semelhanças, ou poderá não ser aplicável caso se destaquem as diferenças – isso dependerá da habilidade dos advogados e do bom senso do juiz. Por fim, um precedente pode ser modificado (*overruled*) caso a corte perceba que sua aplicação produzirá flagrante injustiça.

Há várias publicações e métodos de classificação das decisões judiciais dos EUA. A referência às decisões normalmente se inicia com a menção das partes que integraram a lide (por exemplo: *Marbury v. Madison*). Normalmente o primeiro nome corresponde ao autor (*plaintiff*) e o segundo nome, ao réu (*defendant*). Seguem o volume da coleção em que foi publicada, o nome da coleção abreviado, a página em que se inicia a transcrição da decisão e, entre parênteses, o ano em que o caso foi decidido. No caso das decisões tomadas pela Suprema Corte, a publicação oficial é o *United States Reports*, cuja abreviação é U.S. Assim, um caso decidido pela Suprema Corte é citado da seguinte forma: *Erie Railroad Co. v. Tomkins*, 304 U.S. 64 (1938); *Erie Railroad* é o autor, *Tomkins* o réu, o caso foi decidido em 1938 e foi publicado nas páginas 64 e seguintes do volume 304 do *United States Reports*.¹³

1.4. O DIREITO LEGISLADO (STATUTE LAW)

Tendo em vista a noção de *legal rule* e, por conseguinte, a forma como o jurista dos EUA tende a ver o direito, o legislador americano normalmente se preocupa mais com a aplicação prática de suas leis do que o legislador nos sistemas romano-germânicos. Farnsworth, a respeito da forma que o direito legislado (*statute law*) assume nos EUA, esclarece que:

Um ato do Congresso ou de uma assembléia estadual principia com o título (“Lei para...” [“*An act to...*”], que apresenta a matéria da lei, seguindo-se uma cláusula promulgatória (“promulgado pelo...” [“*Be it enacted by...*”], ou às vezes um preâmbulo ou cláusula explicativa, indicando a razão ou a política que motivou a

¹² Essa expressão é peculiar ao direito americano, o direito inglês usa a expressão latina *ratio decidendi*.

¹³ A página www.findlaw.com permite visualizar a íntegra das decisões da Suprema Corte, seja mediante o uso das referências de publicação ora descritas, seja mediante pesquisas temáticas.

legislação. Segue-se então a parte principal [*main body*] ou intenção da lei [*purview of the statute*]. Essa parte é muitas vezes mais minuciosa do que em muitos sistemas de tradição do Direito Romano, podendo conter uma lista exaustiva de definições. Essa ênfase do detalhe é devida a vários fatores: a complexidade da matéria, para o que contribui a Sociedade pluralística, a economia altamente desenvolvida e o sistema federal; a tendência do legislador à especificação, nascida em seu receio de interpretação restritiva pelos tribunais; o grau menor de abstração que caracteriza o jurista formado na tradição do Direito inglês, em comparação com o jurista formado na tradição do Direito romano.¹⁴

Não obstante a importância tradicional do direito jurisprudencial, as novas demandas sociais características do último século acabaram por exigir uma crescente intervenção legislativa, haja vista o direito jurisprudencial evoluir de forma muito lenta em comparação com a realidade social. Em 1947, o *Justice Felix Frankfurter*, da Suprema Corte americana, constatou que, em 1875, 40% das controvérsias trazidas à Suprema Corte eram fundadas no direito de tradição inglesa – portanto de criação jurisprudencial, e que, em 1925 (50 anos depois), apenas 5% dos casos tinham fundamento nesse direito, e em 1947 praticamente nenhum caso era fundado exclusivamente em direito de criação jurisprudencial¹⁵. Por esse motivo, afirmou Frankfurter que:

É portanto acertado dizer que os tribunais deixaram de ser os principais autores do direito, no sentido em que eles “legislavam” o direito de tradição inglesa. Não há dúvida na Corte Suprema de que quase cada caso tem uma lei em seu íntimo ou perto dele.^{16 17}

A jurisprudência tem, nesse sentido, servido para fixar interpretações e aplicações práticas da lei, muito mais do que criar e estabelecer novos direitos. Dessa forma, uma vez que submetidas as decisões judiciais à regra do *stare decisis*, acaba a jurisprudência por exercer função muito semelhante à que exerce o Poder Executivo no Brasil por meio de regulamentos.

Do ponto de vista do direito federal, de maior relevância para o presente trabalho, a principal e suprema fonte do direito é a Constituição Federal dos EUA (*The Constitution of the United States*). Hierarquicamente inferiores, seguem as leis federais (*federal statutes*) promulgadas pelo Congresso norte-americano, bem como os tratados internacionais internalizados pelos Estados Unidos (*treaties*). Abaixo destes, há os *federal executive orders*¹⁸, de autoria do Presidente dos Estados Unidos, e as *administrative rules*, editadas por agências reguladoras, e que serão tratadas pormenorizadamente adiante neste trabalho.

¹⁴ FARNSWORTH, 1996, p. 89.

¹⁵ FARNSWORTH, 1996, p. 74.

¹⁶ FRANKFURTER, Felix. *Some Reflections on the Reading of Statutes*. In: *Columbia Law Review*, nº 47, 1947, p. 527. *Apud*. FARNSWORTH, 1996, pp. 74 e 75.

¹⁷ É importante contextualizar o fato de que os casos analisados pela Suprema Corte dizem respeito à Constituição, e na grande maioria cuidam do direito federal – um direito originalmente de exceção, mormente criado pela produção legislativa do Congresso dos EUA. Portanto, nos estados, o uso do direito de origem jurisprudencial pode ter se mantido mais acentuado, uma vez que a matéria da *common law* e da *equity* se insere no mais das vezes no âmbito da competência estadual.

¹⁸ O *Black's Law Dictionary* define *executive order* como “An order issued by or on behalf of the President, usu. Intended to direct or instruct the actions of executive agencies or government officials, or to set policies for the executive branch to follow.” (1999, p. 591 – verbete *executive order*). *Order*, por sua vez, é definido como “1. A command, direction, or instruction. 2. A written direction or command delivered by a court or judge.” (*Idem*, p. 1123 – verbete *order*).

As leis federais dos Estados Unidos se encontram organizadas em um código federal, o *United States Code* – U.S.C., atualizado permanente pelo *Office of the Law Revision Counsel* da *House of Representatives* (equivalente à nossa Câmara dos Deputados)¹⁹. Diferentemente dos códigos da tradição romano-germânica, esse código não busca uma sistematização normativa de todo o direito aplicável a determinado assunto, tal qual ocorre com o Código Civil ou o Código Penal brasileiros. Trata-se apenas de uma forma de organização da legislação federal em vigor, segundo ordem alfabética das matérias tratadas. As citações ao *U.S. Code* seguem o seguinte padrão: 5 U.S.C. § 551 et seq., onde o primeiro número representa o número do título (*title*) sob o qual se encontra a lei (no exemplo, título 5), U.S.C. representa o *United States Code* (há outras compilações de leis federais, a mais comum sendo o *United States Code Annotated* – U.S.C.A.), e § 551 et seq. significa a lei em questão ocupa os artigos (*sections*) 551 e seguintes do referido título 5.²⁰

As *administrative rules* também se acham codificadas, de forma semelhante às leis, no *Code of Federal Regulations* – CFR, atualizado pelo *Federal Register* americano. As citações do CFR seguem o seguinte padrão: 47 CFR 413.1, em que o primeiro número corresponde ao título (*title*) sob o qual o regulamento se localiza (no exemplo, título 47), o segundo número corresponde à parte (*part*) do texto normativo procurado (no caso, parte 413), e o último número corresponde ao artigo (*section*) buscado (no caso, artigo 1).²¹

O direito dos estados segue hierarquia análoga ao direito federal. As Constituições estaduais (*State Constitutions*) ocupam o topo da hierarquia normativa de seus respectivos estados, e, em geral, são mais minuciosas que a Constituição Federal, e por isso são mais freqüentemente emendadas. Abaixo seguem as leis estaduais, para a maioria dos advogados, a forma mais comum de legislação. Regulamentando as leis estaduais, há as normas e regulamentos administrativos estaduais (*state administrative rules and regulations*). Por fim, acham-se as

¹⁹ O trabalho de codificação é bem mais do que uma mera catalogação da legislação em vigor, pois envolve também um juízo crítico sobre as disposições normativas em vigor de sorte a até mesmo corrigir e eliminar discrepâncias, incoerências, ambigüidades e duplicidades do ordenamento jurídico americano. A codificação, contudo, não equivale a um novo texto legislativo, de sorte que os textos legais codificados continuam em vigor da forma como aprovados pelo Congresso e sancionados pelo Presidente. A página do *Office of the Law Revision Counsel* assim descreve suas atividades: “Positive law codification is the process of preparing and enacting, one title at a time, a revision and restatement of the general and permanent laws of the United States.//Because many of the general and permanent laws that are required to be incorporated into the United States Code are inconsistent, redundant, and obsolete, the Office of the Law Revision Counsel of the House of Representatives has been engaged in a continuing comprehensive project authorized by law to revise and codify, for enactment into positive law, each title of the Code. When this project is completed, all the titles of the Code will be legal evidence of the general and permanent laws and recourse to the numerous volumes of the United States Statutes at Large for this purpose will no longer be necessary.//Positive law codification bills prepared by the Office do not change the meaning or legal effect of a statute being revised and restated. Rather, the purpose is to remove ambiguities, contradictions, and other imperfections from the law.”(Disponível na internet via WWW. URL: <http://uscode.house.gov/cod.htm>. Consultado em 10/01/2004.)

²⁰ A página www.findlaw.com também dispõe de serviço que permite visualizar as normas do U.S.C. Outra fonte útil é a página do *Legal Information Institute* da Universidade de Cornell (<http://www4.law.cornell.edu/uscode/>) que também permite visualizar as normas do U.S.C.

²¹ O CFR também está disponível na página www.findlaw.com, bem como na página do *Federal Register* (<http://www.gpo.gov/ecfr/>).

ordenanças, normas e regulamentos municipais (*Municipal ordinances, rules and regulations*), de interesse estritamente local, e que assumem as mais variadas formas de estado para estado.²²

Tendo em vista a importância atribuída à representação como fator de legitimidade da produção jurídica, a Constituição americana houve por declarar, em seu artigo VI, que:

Esta Constituição, e as Leis dos Estados Unidos que sejam elaboradas em consonância com o aqui estabelecido, e todos os Tratados firmados, ou a serem firmados, sob a Autoridade dos Estados Unidos, deverão ser o Direito supremo desta Terra; e os Juizes em cada Estado deverão a ele estar vinculados, sendo inválida qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer Estado.²³

Assim, o direito legislado se sobrepõe ao criado pela jurisprudência, de tal sorte que Farnsworth afirma:

De início, é axiomático que entre o Judiciário e o Legislativo prevaleça o último, exceto, para ser exato, no que se refere à própria validade da lei. A jurisprudência, como freqüentemente acontece, pode ser alterada pela lei, mas, pelo menos em princípio, as leis não podem ser alteradas por decisão judicial. A função do juiz ao lidar com a lei é interpretativa. Relativamente à natureza e aos limites dessa função, não há, porém, acordo universal.²⁴

Não obstante, conforme já dito, não é de se olvidar a função do Poder Judiciário na interpretação da lei. Haja vista a doutrina do precedente, muitas vezes as decisões judiciais poderão vir a ter força de verdadeiros regulamentos, com eficácia *erga omnes*. Além disso, quando se cuidar de lei que atribua ao Executivo competência para edição de normas regulamentares, estas deverão observar os princípios oriundos das interpretações presentes na jurisprudência²⁵.

Alguns instrumentos foram desenvolvidos pela jurisprudência e pela doutrina norte-americanas para pautar a interpretação das leis pelos tribunais. O primeiro deles é a *plain meaning rule* (regra do sentido simples). Segundo essa regra, quando o texto da lei for claro (*clear*), simples (*plain*) e sem ambigüidade (*unambiguous*), de modo que tomado por si só somente uma interpretação seja possível, essa interpretação é que lhe deve ser dada, afastando-se qualquer pesquisa de seus objetivos, fundamentos ou antecedentes. Contudo, assim como ocorreu com a técnica de interpretação literal nos países de tradição romano-germânica, a *plain meaning rule* acabou por se mostrar inadequada para diversas situações. As dificuldades inerentes ao próprio uso da linguagem e a crescente complexidade da

²² FARNSWORTH, 1996, p. 77.

²³ “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.” (extraído de: MASHAW, Jerry L. MERRILL, Richard A. e SHANE, Peter M. **Administrative Law – the American Public Law System: cases and materials**. 4th ed. St. Paul: West Publishing Co., 2000, p. 1229 - tradução livre)

²⁴ FARNSWORTH, 1996, p. 92.

²⁵ Isso não significa, contudo, a superposição do Judiciário na função regulamentar das agências. Ver, a esse respeito, a decisão da Suprema Corte em *Chevron U.S.A., Inc. v Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

vida moderna houve por exigir a adoção de instrumentos complementares de interpretação.

Por conseguinte, à *plain meaning rule* se seguiu uma nova forma de interpretação, que tomava por base principal a pesquisa da “intenção da legislatura” (*intention of the legislature*). A *intention of the legislature* compreende por um lado o sentido específico que os legisladores entendiam ter o texto da lei, e por outro lado a finalidade buscada pelos legisladores com a edição da lei. Para a busca do sentido que os legisladores possuíam do texto da lei, passaram a ser utilizados os documentos produzidos no curso do processo legislativo – atas de reuniões de comissões e discussões em plenário, relatórios de comissões temáticas, emendas aprovadas ou rejeitadas aos projetos de lei, etc. A dificuldade de obtenção dessas fontes – que, pelo custo envolvido em sua obtenção, acabaram se tornando restritas aos grandes escritórios das metrópoles – constituiu óbice à sua aplicação generalizada como instrumento de interpretação. Especificamente, essa técnica houve por se lograr especialmente difundida na interpretação da legislação federal, haja vista contar o Congresso dos EUA com um serviço de arquivo de seu processo legislativo bastante superior aos dos estados. Contudo, mesmo na interpretação da legislação federal não são poucas as dificuldades de se buscar o sentido da lei como percebido pelos legisladores. São muitos os legisladores, e muitos os projetos de lei, portanto as principais questões pertinentes ao texto legal passam ao largo do plenário – e o legislador médio, logo, tem uma noção no mais das vezes superficial do objeto da lei. Além disso, muitas questões não são previstas pelos legisladores.

Dessa forma, quando não se tem acesso aos antecedentes legislativos de uma determinada lei, ou quando esses antecedentes não indicam a intenção legislativa no que se refere ao significado (*meaning*), a jurisprudência pode se valer da intenção legislativa no sentido de finalidade (*purpose*). A respeito dessa técnica, Farnsworth ensina que:

A técnica de interpretação da finalidade foi aplicada nos Tribunais ingleses há cerca de quatro séculos, e o processo prático tem várias fases: exame do Direito antes da promulgação da lei em questão; verificação do “erro ou defeito” ao qual o direito não provia; análise do remédio legislativo; determinação da razão ou objetivo desse remédio; finalmente, aplicação da lei de maneira a “suprimir a falha e promover o remédio”.²⁶

Portanto, é uma regra diferente da nossa interpretação finalística ou teleológica. Busca-se, por meio dos procedimentos interpretativos descritos, descobrir qual a provável intenção do legislador, ou seja, qual o efeito social provavelmente intentado pelo legislador, para que então se possa fazer cumprir a lei de forma a produzir esse efeito. Assim, em todos os casos, dá-se grande importância à *mens legislatoris*, o que não ocorre no Brasil.

Além da *plain meaning rule* e da *intention of the legislature*, na interpretação do *statute law*, é também difundido o uso de máximas jurídicas (*maxims of statutory construction*) como *expressio unius est exclusio alterius* (a expressão de uma coisa exclui a outra) ou *eiusdem generis* (quando palavras gerais seguem uma enumeração, devem ser lidas como limitadas às coisas da mesma espécie geral).

²⁶ 1996, p. 94.

Também se faz uso do que é considerado prática geral do direito – como a de que as leis não se interpretam retroativamente, ou de que as leis penais devem ser interpretadas de forma estrita. Todavia, tendo em vista o grande número dessas máximas, e o fato de muitas delas serem contraditórias, sua autoridade é inferior aos demais métodos de interpretação. Cabe destacar que o uso desses brocardos não segue uma construção sistemática, ao contrário do que ocorre no uso dos princípios gerais de direito nos sistemas romano-germânicos.

A interpretação do *statute law* pelos tribunais também segue a doutrina do precedente, e, portanto, instâncias inferiores estão obrigadas a interpretar a lei da forma decidida pelas instâncias superiores, e umas e outras estão obrigadas a seguir suas interpretações antecedentes. Farnsworth a esse respeito comenta que:

Na verdade, a doutrina do precedente parece ter força adicional nos casos relativos à interpretação de leis, sendo mesmo voz corrente que os Tribunais norte-americanos se sentem mais constrangidos por suas antecedentes interpretações de leis do que por suas decisões em matéria não legislada. O princípio é de que a legislatura, por seu silêncio e inação ao não introduzir emendas à lei, confirma a interpretação antecedente, mesmo que essa seja errônea.²⁷

Além dos precedentes judiciais, a interpretação dos *statutes* por agências administrativas incumbidas de lhes dar cumprimento também possui peso considerável na interpretação pelos tribunais. Não obstante inaplicável a doutrina do precedente, as interpretações dessas agências, em especial quando tenham sido observadas durante um longo período, são dotadas de considerável respeito por parte do Poder Judiciário. Mesmo nas hipóteses de revisão da atuação administrativa pelo Judiciário, essas interpretações tendem a ser seguidas.

CAP. 2: FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO AMERICANO

2.1. O DESENVOLVIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SURGIMENTO DE AGÊNCIAS REGULADORAS²⁸

A noção de Administração Pública não era desconhecida dos constituintes originais norte-americanos. A noção de então, todavia, era bastante diversa da atual concepção. Alexander Hamilton anotou que a administração de governo que caberia peculiarmente ao Poder Executivo englobaria:

...a condução das negociações internacionais, os planos preparatórios do orçamento, a aplicação e o desembolso do erário público em conformidade com as disposições gerais da legislatura, a organização do Exército e da Marinha, a condução de operações de guerra (...) e outras matérias de igual natureza.²⁹

²⁷ 1996, p.95.

²⁸ Cf. MASHALL, MERRILL e SHANE, 2000, pp. 3 a 11; SILVA NETO, Orlando Celso. *Noções gerais sobre o controle das agências regulatórias no direito norte-americano*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, pp. 427 a 453; MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e as agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 99 a 139.

²⁹ “[t]he actual conduct of foreign negotiations, the preparatory plans of finance, the application and disbursement of the public moneys in conformity to the general appropriations of the legislature, the

Obviamente, Hamilton dificilmente poderia prever as múltiplas funções do Estado hodierno, em que praticamente todos os aspectos sociais, políticos e econômicos de alguma relevância se encontram submetidos a uma forma ou outra de tutela estatal. A necessidade de regular indústrias como as de telecomunicações, aviação, energia elétrica, medicamentos, entre outras, não somente era distante como inimaginável. A sociedade da época, no mais das vezes, sequer imaginava que algumas dessas tecnologias poderiam ao menos existir, quanto mais vislumbrar que seu uso seria tão difundido que se tornariam imprescindíveis à vida social. Assim, a primeira legislatura americana criou apenas os *Departments* (semelhantes aos nossos ministérios) da Guerra (*War*), das Relações Exteriores (*Foreign Affairs*) e do Tesouro (*Treasury*), o *Post Office* (expressão que poderia ser traduzida como Secretaria Postal, ou Secretaria dos Correios) e o *Patent Office* (que pode ser traduzido como Secretaria de Patentes). Criou, ainda, o cargo de *Attorney General* (semelhante ao nosso Advogado-Geral da União) e os cargos dos *U.S. Attorneys* (semelhantes aos nossos advogados da União). O Poder Legislativo de então minuciosamente disciplinou as competências desses entes, bem como detalhes concernentes à execução de suas atribuições, chegando, inclusive, a entrar em minúcias de temas essencialmente técnicos.

A estrutura do governo federal permaneceu praticamente inalterada até a primeira metade do séc. XIX. Nessa época, a sociedade americana presenciou uma série de acidentes de barcos a vapor provocados por explosão de suas caldeiras. Em 1838, ano marcado por 496 mortes provocadas por explosões de caldeiras, o Congresso resolveu intervir editando uma lei que atribuiu aos juízes das *district courts* poderes para nomearem inspetores de caldeiras. Não havia sido estabelecido, contudo, um critério específico para a inspeção. Com isso, continuaram a valer as regras gerais de responsabilidade civil, que até então já se haviam mostrado inadequadas para, sozinhas, combater eficazmente o problema da insegurança das caldeiras. Ante à evidente falta de efetividade da legislação de 1838, o Congresso, em 1852, editou uma lei que estabeleceu critérios específicos para a inspeção e, embora mantendo a indicação dos inspetores na mão dos juízes federais, criou um órgão colegiado composto de nove inspetores supervisores (*supervising inspectors*), abrigado pelo *Treasury Department*. Esse órgão possuía poderes para investigar acidentes e possíveis infrações à lei, podendo inclusive intimar pessoas para prestar depoimento (*subpoena power*³⁰). Essa lei obteve considerável sucesso, ajudando a reduzir em 65% o número de mortes provocadas por explosões de caldeiras.

É, porém, o ano de 1887 que é apontado pela doutrina como o do surgimento da moderna Administração Pública americana. Nesse ano, o então professor Woodrow Wilson³¹ publicou o ensaio *The Study of Administration*,

arrangement of the army and navy, the directions of the operations of war – * * * and other matters of a like nature.” (The Federalist, nº 75, *Apud*: MASHALL, MERRILL e SHANE, 2000, p. 3.)

³⁰ O *subpoena* é um *writ* que determina o comparecimento de uma pessoa perante uma corte, sob pena de, não comparecendo, lhe ser imposta uma determinada sanção. Um *writ*, na *common law*, é uma ordem dada por uma autoridade para que determinada pessoa aja em conformidade com o direito, e, no direito americano, até então somente o Judiciário poderia dar tal tipo ordem.

³¹ Woodrow Wilson viria a se tornar, em 1913, o 28º Presidente dos EUA. Entre as iniciativas de seu governo estão a criação da Federal Trade Commission, de uma nova legislação antitruste americana (o Clayton Anti-trust Act), o estabelecimento da jornada de trabalho de oito horas diárias e de uma legislação marco contra o trabalho infantil.

considerado nos EUA o marco do estudo da Administração Pública como um campo autônomo. Também nesse ano foi criada a primeira agência reguladora (*regulatory agency*) americana, a *Interstate Commerce Commission* – ICC, com amplo poder de polícia sobre o setor ferroviário, porém ainda vinculada ao *Interior Department*. Somente após a eleição do Presidente Benjamin Harrison, conhecido advogado da área de ferrovias, a ICC foi desvinculada do *Interior Department* para se tornar a primeira agência reguladora independente (*independent regulatory agency*).

Antes da criação da ICC, uma série de medidas foi tentada pelos estados para combater os abusos das ferrovias. Apontam-se como motivos para sua criação a pressão de armadores e transportadoras marítimas que queriam evitar serem explorados pelas companhias ferroviárias, a pressão generalizada da sociedade em busca de um melhor sistema de transporte nacional, e até mesmo a pressão das próprias ferrovias – que tentavam evitar ter de se submeter a uma inconsistente colcha de retalhos de leis estaduais.

Durante muito tempo a ICC permaneceu como a única de sua espécie. Somente em 1914 outra agência semelhante foi criada, a *Federal Trade Commission*, com competência para atuação antitruste. A necessidade de sua criação se deu, uma vez mais, em decorrência de falhas de tentativas anteriores do governo federal para a promoção e cumprimento de regras de defesa da concorrência. Especificamente, constatou-se que o uso de mecanismos judiciais para fazer cumprir o *Sherman Anti-Trust Act*, de 1890, não estava tendo a eficácia desejada.

Até a Crise de 1929 e o *New Deal* do Presidente Roosevelt, essas foram as duas agências reguladoras independentes conhecidas pelo direito americano. A partir dessa época, contudo, múltiplas agências, com as mais diversas competências, foram então criadas, muitas vezes com poderes excessivamente amplos e pouco precisos. Tal fato gerou forte oposição política às agências, e deu origem às únicas decisões da Suprema Corte americana que declararam leis inconstitucionais por excessiva delegação de poderes por parte do Congresso³². Diversas agências, contudo, prosperaram, inclusive com o referendo de diversas decisões do Poder Judiciário.

O modelo de agências reguladoras independentes houve, então, por se consolidar e se tornar um dos pilares característicos do Direito Administrativo dos EUA. A expansão da atuação administrativa norte-americana também resultou na consolidação do Direito Administrativo como um ramo autônomo naquele país. Críticos do modelo, contudo, não faltaram. O principal alvo das críticas era não propriamente o modelo institucional em si, mas a própria assunção pelo Poder Executivo de atividades de intervenção. Questionava-se a legitimidade constitucional da elaboração burocrática de políticas públicas, em contraste com o modelo de democracia representativa insculpido na Constituição. Formas de controle do processo de tomada de decisão das agências foram exigidas. Em 1940, o Congresso americano aprovou o *Walter-Logan Act*, primeira tentativa legislativa de padronização do processo de tomada de decisão das agências, e que assegurava o seguimento de processos formais e a possibilidade de revisão judicial. A lei, contudo, foi vetada pelo

³² O primeiro desses casos foi o *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935), e o segundo, *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935). Ambos os casos serão discutidos adiante.

Presidente Roosevelt, e nunca chegou, portanto, a vigorar. Não obstante, Roosevelt somente não teve seu veto derrubado porque, no ano anterior, havia instituído uma comissão, sob a supervisão do *Attorney General*, justamente com o intuito de responder às críticas sobre os procedimentos das agências. Em 1942, esse comitê emitiu um relatório favorável ao estabelecimento de procedimentos padronizados, desde que os controles estabelecidos pela lei fossem flexíveis o suficiente para permitir às agências criar estruturas organizacionais e processos decisórios próprios. O Congresso assimilou o relatório e, em 1946, editou o *Administrative Procedure Act* – APA, codificado em 5 U.S.C. § 551 *et seq.*

Esse panorama sofreu poucas alterações até as décadas de 1960 e 70, quando novas demandas sociais exigiram respostas cada vez mais intensas do Estado. Necessidades de modernização da economia e do parque industrial, a evolução da doutrina sobre bens públicos, a assunção pelo governo de papéis de bem-estar social antes legados exclusivamente às famílias, esses e outros motivos demandaram novas respostas estatais. Para oferecer essas respostas, recorreu-se uma vez mais ao modelo de agências reguladoras independentes. Assim, nessas décadas, novamente se verificou um notável crescimento no número de agências reguladoras independentes – mais de 30 novas agências foram criadas nesse período. As novas agências, contudo, incorporaram a crítica feita às suas antecessoras, e foram dotadas de poderes mais específicos, submetidas a leis mais detalhadas, e tiveram seus processos de tomada de decisões mais abertos à sociedade. O Estado americano, nessa época, atingiu o auge do intervencionismo na vida social.

Desde o início do governo do Presidente Ronald Reagan, contudo, tem-se verificado nos EUA uma tendência à chamada desregulação (*deregulation*). Retomando princípios liberais, característicos do séc. XVIII, busca-se uma nova forma de Estado Mínimo. Isso não significou propriamente um abandono do modelo de agências reguladoras, mas uma mudança em seu escopo. A noção agora prevalecente nos EUA é de que a intervenção deve ser evitada, sendo justificável somente quando o mercado, em virtude de falhas estruturais ou conjunturais, não for capaz de prover adequadamente a sociedade. Assim nos Governos Reagan, Bush e Clinton, buscou-se reformar a Administração Pública americana de sorte a orientá-la à promoção de um mercado eficiente. O atual Governo, do Presidente George W. Bush, tem seguido a linha de seus antecessores.

De forma geral, percebe-se o recurso à criação de agências reguladoras independentes sempre que há um sentimento generalizado de que as instituições tradicionais não estão conseguindo resolver determinado assunto de forma eficaz. Se antes esses entes foram vistos como uma forma de organização institucional apta a realizar a necessidade de um intervencionismo estatal na sociedade e no mercado, hoje as agências reguladoras estão cada vez mais vinculadas a um modelo de fundamentação econômica calcado nos princípios liberais de promoção da competição. Assim, as agências continuam existindo em grande número e com razoável força, apenas sua atuação tem se modificado. Muitas agências, inclusive, ganharam recentemente novos poderes e atribuições, visando à promoção de mercados competitivos nos respectivos setores em que atuam.

2.2. A DEFINIÇÃO DE AGÊNCIA SEGUNDO O DIREITO DOS EUA

O *Administrative Procedure Act* define agência (*agency*) como *cada autoridade (authority) do Governo dos Estados Unidos*³³, *quer se encontre ou não dentro de outra agência ou sujeita à revisão por outra agência* (5 U.S.C. § 551 (1))³⁴. Estão, entretanto, expressamente excluídos da definição de agência, conforme o APA (5 U.S.C. § 551 (1), letras (A) a (H)):

- (i) o Congresso (*the Congress*);
- (ii) as cortes federais (*the courts of the United States*);
- (iii) os governos de territórios ou posses dos Estados Unidos (*the governments of the territories or possessions of the United States*);
- (iv) o governo do Distrito de Colúmbia, exceto com relação às exigências de disponibilização de informação ao público constantes da *section 552* do APA (*the government of the District of Columbia, or except as to the requirements of section 552 of this title*);
- (v) agências compostas de representantes das partes ou de organizações que representem as partes de uma disputa a ser resolvida pela agência (*agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them*);
- (vi) cortes marciais e comissões militares (*courts martial and military commissions*);
- (vii) autoridade militar exercida em campo em tempo de guerra ou em território ocupado (*military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory*);
- (viii) funções relativas a hipotecas e garantias de hipotecas, contratos de encerramento de guerra, e outras funções específicas relativas, por exemplo, a situações de emergência nacional (*functions conferred by sections 1738, 1739, 1743, and 1744 of title 12; chapter 2 of title 41; subchapter II of chapter 471 of title 49; or sections 1884, 1891-1902, and former section 1641(b)(2), of title 50, appendix*).

Além das exceções acima, também o Presidente dos EUA está excluído da incidência da APA, por força de decisão da Suprema Corte no caso *Franklin v. Massachusetts*, 505 U.S. 788 (1992)³⁵. Haja vista princípios estabelecidos nesse caso, muito provavelmente a Suprema Corte também consideraria o Vice-Presidente isento de cumprimento do APA, uma vez que também goza de posição constitucional diferenciada.

³³ Vale lembrar, conforme já mencionado, o fato de que o ente federal é chamado nos EUA de Estados Unidos da América (*United States of América*), ou somente Estados Unidos (*United States*), equivalendo à União no Brasil. Assim, as definições do APA não se aplicam aos entes da Administração Pública dos estados.

³⁴ “**Sec. 551. - Definitions** //For the purpose of this subchapter -// (1) "agency" means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency (...)”

³⁵ Na ementa (*docket*) do caso, lê-se: “The President's actions are not reviewable under the APA. He is not specifically included in the APA's purview, and respect for the separation of powers and the President's unique constitutional position makes textual silence insufficient to subject him to its provisions.”

É fácil perceber que a definição legal de agência tem uma preocupação muito maior em delimitar a aplicabilidade do APA do que em propriamente criar, ou mesmo apenas definir, uma categoria específica no corpo institucional da Administração Pública norte-americana. A letra (E) do citado *section 551 (1)* chama de agências elementos excluídos da definição de agência (item *v supra*), o que demonstra o pouco cuidado com a integridade do conceito. Em determinados momentos, usa-se um critério funcional para definir o que é ou não agência – o governo do Distrito de Colúmbia, por exemplo, será considerado agência apenas no que diz respeito ao cumprimento das exigências do APA concernentes a organização e disponibilidade de informações ao público. Na maioria das vezes, todavia, o critério é institucional. Deste modo, o Congresso dos EUA e as cortes federais, mesmo quando no exercício de função classificada no direito brasileiro como administrativa³⁶, não são considerados nunca como agências administrativas.

O conceito legal, portanto, é de pouca valia para uma sistematização do quadro institucional da Administração Pública americana. Não obstante, é o conceito adotado pela doutrina, e é o conceito ao redor do qual foi construído o Direito Administrativo dos EUA – ao menos o Direito Administrativo federal. O *case law* americano tem se concentrado no elemento *autoridade* para definir se um ente do governo americano é ou não agência. Por autoridade se tem entendido o poder de tomar ações com efeito vinculativo (*binding*) perante terceiros³⁷. Portanto, órgãos de mero expediente não são considerados agências. Esse tipo de formulação, contudo, possui o objetivo específico de delimitar o âmbito de aplicação do APA, não podendo ser considerado como uma tentativa empreendida pelos tribunais de sistematização das agências na condição de um instituto de direito administrativo. Cuida-se de um conceito de aplicabilidade essencialmente prática, seguindo o padrão da *legal rule* conforme entendida pelos americanos, em que a racionalidade é voltada para a mera definição da aplicabilidade ou não de determinado direito a um caso concreto.

O uso do termo agência tem origem em uma forma contratual própria da *common law*, o *agency*. Segundo o *Black's Law Dictionary*, o *agency* é:

Uma relação fiduciária criada por contratos expressos ou implícitos, ou por direito (*law*³⁸), em que uma parte (o *agent*) pode agir em nome de outra parte (o *principal*) e vincular essa outra parte por suas palavras ou ações.³⁹

³⁶ Por exemplo, processos de contratação de funcionários, processos disciplinares de funcionários, contratação de serviços ou compras de suprimentos, todas essas atividades são tidas no direito brasileiro como de cunho administrativo, independentemente do fato de serem exercidas pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

³⁷ Conforme o verbete *federal agency* no *Black's Law Dictionary*, 7th ed., Saint Paul: West Group, 1999, p. 63.

³⁸ No caso, o *agency* pode-se estabelecer nas hipóteses em que o direito, independentemente da existência de um contrato (acordo sinalagmático de vontades), assim estabelecer, direito esse que pode decorrer de lei (*statute*) ou de formulação jurisprudencial (*common law*). Assim ocorre com o *agency by operation of law*, ou *agency by estoppel*, instituído quando as ações do *principal* levam um terceiro a razoavelmente concluir que existe o *agency* (*Black's Law Dictionary*, 1999, p. 62 – verbete *agency by estoppel*).

³⁹ “A fiduciary relationship created by express or implied contract or by law, in which one party (the *agent*) may act on behalf of another party by words or actions.” (1999, p. 62 – verbete *agency*.)

Trata-se, portanto, de espécie de contrato muito próxima ao nosso mandato, de sorte que ao *principal* corresponde o mandante, e ao *agent*, o mandatário. Nesse sentido, as *agencies* seriam mandatárias do Congresso americano, munidas do poder deste de estabelecer políticas e exercer funções de natureza governamental. A esse respeito é esclarecedor o seguinte trecho, de Mashaw, Merrill e Shane:

A concepção de muitas das agências administrativas como *agents* do Congresso não é enganadora, desde que limitada às condições apropriadas. O mais importante é que, neste contexto, o relacionamento entre *principal* e *agent* é extraordinariamente complexo. A idéia de que agências administrativas simplesmente exercem a vontade do mandante (*principal*) Poder Legislativo é, ao mesmo tempo, tentadora do ponto de vista normativo, e ingênua do ponto de vista institucional. Do ponto de vista normativo, a *accountability* de mandatários (*agents*) administrativos para com a legislatura eleita é convencionalmente entendida como um fator de ajuda para a legitimação das ações de uma burocracia não-eleita, que afetam direitos e obrigações de particulares. Todavia, o rigor dessa *accountability* é problemático, pois as leis que estabelecem uma agência e seus programas – e assim constituem as instruções do *principal* – são no mais das vezes formuladas mais em termos de amplas aspirações coletivas que de políticas concretas. Ademais, o tempo inexoravelmente cria um espaço, freqüentemente substancial, entre instruções e ação: o *principal* que formulou a legislação da agência usualmente não é o mesmo Congresso que atualmente exerce suas funções. A implementação pela agência de seu mandato legal inevitavelmente reflete entendimentos e propósitos sociais em constante mutação, além de mudanças na informação disponível desde a promulgação da legislação. Sendo assim, a imagem de uma fiel agência exercendo as instruções de um único *principal* seria errônea mesmo se pudéssemos plausivelmente tratar o Congresso como o único *principal* disponível, e um *agent* coletivo, como a *Social Security Administration* – com seus aproximadamente 65.000 empregados –, como verdadeiramente capaz de agir de uma maneira unificada.⁴⁰

Desta forma, as agências devem reverência e estão sujeitas à prestação de contas do Congresso – como, ademais, também ocorre com o Presidente e os demais entes excluídos da definição de agência. Todavia, tendo sido criadas por lei, em que os legisladores confiaram o exercício de determinada função de interesse da sociedade, estão vinculadas aos limites dessa atribuição de competência. Cuida-se, portanto, de uma teoria que visa a legitimar o exercício de funções de elaboração de políticas públicas por pessoas não-eleitas, funções essas que, na história constitucional americana, são associadas à atuação do Congresso. Visa também essa teoria a determinar os limites da atuação das agências, vinculando-as às determinações

⁴⁰ “The conception of most administrative agencies as agents of Congress is not misleading, provided it is hedged about with appropriate conditions. The most important is that, in this context, the relationship of principal and agent is extraordinarily complex. The idea that administrative agencies simply carry out the will of the legislative principal is at once normatively tempting and organizationally naïve. Normatively, the accountability of administrative agents to the elected legislature is conventionally understood as helping to legitimate the actions of an unelected bureaucracy that affect the rights and duties of private persons. Yet, the rigor of such accountability is problematic because the statutes that charter an agency and its programs, and thus constitute the principal’s instructions, are often phrased more in terms of broad collective aspirations than concrete policies. Moreover, time inexorably creates a gap, often substantial, between instructions and action; the principal that enacted agency legislation is usually not the Congress that currently sits. The agency’s implementation of its statutory mandate inevitably reflects shifting social understandings and purposes, plus post-enactment changes in available information. Thus, the imagery of a faithful agency carrying out the directions of a single principal would be misleading even if we could plausibly treat Congress as the only available principal, and a collective agent, such as the Social Security Administration, with its approximately 65,000 employees, as truly capable of acting in a unified fashion.” (2000, p. 12.)

expressas na lei – função que no direito brasileiro é desempenhada pelo princípio da legalidade.

Todavia, não há um vínculo de subordinação hierárquica entre as agências e o Congresso: aquelas não integram a estrutura organizacional deste. Portanto, é enganosa a noção – freqüentemente difundida – de que as agências administrativas americanas estão subordinadas institucionalmente ao Congresso americano.⁴¹

Nesse ponto, lembremos que a Constituição americana data de um período em que o liberalismo era a regra, e muito pouca demanda era colocada sobre o governo federal. Assim sendo, são poucas as competências expressas na Constituição para exercício pelo Presidente e pelo Poder Executivo, de forma geral. Também lembremos que, segundo o sistema federativo americano, no silêncio de lei federal sobre determinado assunto, a competência é estadual – ainda que constitucionalmente inserida no âmbito federal. Logo, não é exagero imaginar que a grande parte das funções assumidas pelo Poder Executivo desde a promulgação da Constituição americana tem origem em leis editadas pelo Congresso. Dessa forma, a teoria do contrato de *agency* é aplicável a todos esses casos. Assim, se considerássemos que todo *agent* do Congresso lhe fosse hierarquicamente submisso, teríamos, na prática, a completa inexistência do princípio da separação de poderes.

Esse argumento se reforça ao termos em conta que praticamente todo o Poder Executivo é constituído por agências administrativas, nos termos do APA. Uma vez que fossem surgindo novas demandas sociais, é natural que o Congresso, na medida em que atribuisse funções ao Executivo, criasse entes para auxiliar o Presidente no exercício dessas atribuições. Quando o Congresso delegasse funções sem criar tal ente, o próprio Presidente o faria, por meio de *executive orders*⁴². Cuida-se do fenômeno da descentralização administrativa, comum a praticamente todos os Estados contemporâneos.

Relevante controvérsia a esse respeito, entretanto, teve lugar no que concerne às agências reguladoras independentes – cujo primeiro exemplo na história é a ICC. De fato, haja vista sua independência com relação ao presidente e o fato de exercerem funções normativas⁴³, a ICC foi considerada por muitos como um braço do Congresso, e há referências de debates parlamentares em que a ICC chega a ser considerada um comitê do Congresso⁴⁴. Em verdade, a definição de *agency* contida no APA engloba tanto entes do Executivo quanto do Legislativo e do Judiciário⁴⁵.

Essa noção, contudo, é bastante questionada por grande parte da doutrina⁴⁶. Ademais, mesmo que se considerem as agências independentes como

⁴¹ Essa teoria, contudo, foi aventada nos EUA no que diz respeito exclusivamente às agências reguladoras independentes – não qualquer agência, portanto. Mesmo nesse caso, porém, não logrou êxito, conforme veremos logo adiante.

⁴² Por exemplo, a *Environmental Protection Agency*, responsável por cuidar da política ambiental federal, foi criada dessa forma.

⁴³ O exercício de funções normativas, contudo, não é exclusivo às agências independentes.

⁴⁴ MASHAW, MERRILL e SHANE, 2000, p. 24.

⁴⁵ Contudo não engloba, como vimos, o próprio Congresso ou as cortes que compõem o Poder Judiciário. Não obstante, órgãos como corregedorias, por exemplo, se incluem na definição de *agency*.

⁴⁶ Cf. MASHAW, MERRILL e SHANE, 2000, pp. 23 a 28.

vinculadas ao Poder Legislativo, não há mecanismos formais de revisão hierárquica pelo Congresso, tampouco outros mecanismos de controle diversos dos aplicáveis às demais agências – todas se submetem igualmente, de forma geral, ao disposto no APA. Há previsões legais específicas para cada agência, porém essas não são exclusividade de agências independentes⁴⁷.

2.3. COMPETÊNCIA EXECUTIVA E COMPETÊNCIA QUASE-JUDICIAL (ADJUCATORY AUTHORITY)⁴⁸

Conforme se explicitará no curso deste capítulo, tanto a chamada competência quase-judicial quanto a competência executiva das agências reguladoras americanas é, no mais das vezes, referida pela doutrina e pela jurisprudência sob a expressão *adjudatory authority*. Necessário, antes de tudo, um esclarecimento importante. O termo em inglês *adjudication* não pode ser traduzido pelo português *adjudicação*, não obstante ambos compartilhem a mesma origem etimológica (do latim *adjudicare*) e possuam significados semelhantes. Na língua inglesa, *adjudication* significa, em termos gerais, qualquer decisão ou sentença de natureza judicial, sendo sinônimo de julgamento (*judgment*)⁴⁹. O verbo *adjudicate*, quando transitivo, significa resolver uma disputa judicialmente (*to settle judicially*), ou, quando intransitivo, agir como juiz (*to act as judge*)⁵⁰. Em termos técnico-jurídicos, a noção de *adjudication* engloba qualquer decisão que enfoque situações individuais e faça os fatos de um caso individual legalmente relevantes⁵¹. Nesse diapasão, a definição jurídica de *adjudication*, nos termos do *Black's Law Dictionary*, é *processo legal de resolução de uma disputa; o processo de decidir um caso judicialmente*⁵².

Em português, a palavra *adjudicar* possui vários significados não vinculados ao Direito (vincular, ligar; confiar, conferir, atribuir; etc.), sendo que, juridicamente, possui significado muito mais restrito do que o vocábulo da língua inglesa. Do ponto de vista técnico-jurídico, significa conceder a propriedade ou a posse de determinada coisa a alguém. No direito processual civil, especificamente, significa o ato do juiz de transferir a propriedade de determinados bens sob tutela judicial a determinada pessoa, como no caso da transferência de bens penhorados ao exequente em pagamento de seu crédito, ou ainda como no caso da transferência de bens arrolados em inventário aos herdeiros do *de cujus*. No direito administrativo, por sua vez, adjudicar é, em um procedimento licitatório, qualificar uma proposta como vencedora e, por conseguinte, apta a fazer com que o respectivo proponente venha a ser contratado pela Administração Pública, nos termos editalícios. O significado do português *adjudicação*, portanto, é diverso do inglês *adjudication*. O uso do primeiro para traduzir o segundo, dessa forma, é desaconselhável, à medida que acaba por restringir erroneamente o significado da *adjudatory authority* das agências reguladoras americanas.

⁴⁷ Mecanismos de controle das agências pelo Congresso americano serão abordados adiante.

⁴⁸ Cf. MASHAW, MERRILL e SHANE, 2000, pp. 286 a 438.

⁴⁹ Black's Law Dictionary, 1999, p. 42 – verbete *adjudication*.

⁵⁰ Merriam-Webster Dictionary *on-line* (URL: www.webster.com, consultado em 09/01/2004).

⁵¹ Cf. MASHAW, MERRILL e SHANE, 2000, p. 288.

⁵² “The legal process of resolving a dispute; the process of judicially deciding a case.” (1999, p. 42 – verbete *adjudication*.)

Uma vez mais é necessário atentar para as peculiaridades do pensamento jurídico americano, se quisermos entender o âmbito da *adjudicatory authority* dentro da Administração Pública dos EUA. Aqui, novamente é o conceito provido pelo APA que é o utilizado pela doutrina e pela jurisprudência. O APA define *adjudication* como o processo de uma agência para a formulação de uma *order*⁵³. *Order*, por sua vez, significa qualquer disposição final por uma agência relativa a questões que não sejam *rulemaking*⁵⁴. O conceito de *rulemaking* será melhor explorado adiante, porém adiante-se que se cuida do processo de produção de normas abstratas (*rules*) pelas agências. Assim, a *administrative adjudication* envolve não apenas processos legais de resolução de disputas, conforme a definição geral acima apresentada, mas todo e qualquer processo que resulte em uma manifestação da agência, desde que essa manifestação não seja uma *rule*. Desta forma, não se vincula a *adjudication* ao exercício de uma função específica – o objetivo do conceito é simplesmente delimitar o âmbito de aplicabilidade do APA, de forma a nortear a incidência ou não de suas regras em casos particulares.

Sob a *adjudicatory authority*, portanto, encontram-se tanto temas que na doutrina brasileira normalmente são tidos como de competência judicial – tais como a resolução de processos de ressarcimento de danos –, quanto temas que no Brasil são tradicionalmente associados à atuação administrativa – como a outorga de licenças. O seguinte trecho, de Mashaw, Merrill e Shane, é particularmente elucidativo:

Qualquer coisa, desde uma autorização de um funcionário da *Social Security* para início de depósitos de benefícios de aposentadoria em uma conta particular de seguridade social, até uma decisão de um empregado de um *Forest Service* local de interdição temporária de uma via de acesso por conta de uma avalanche, ou uma determinação de um inspetor da *Occupational Safety and Health Administration* de que um extintor de incêndio está impropriamente localizado em uma oficina, ou uma determinação da *Federal Trade Commission* de que uma fusão é anti-concorrencial, ou uma determinação da *Food and Drug Administration* de que o AZT pode ser comercializado para o tratamento de infecção por HIV, presumivelmente se qualifica como uma *adjudication*.⁵⁵

Há que se lembrar, contudo, que a separação entre Poder Executivo e Poder Judiciário não apenas é conhecida pelo direito americano, como tem assento em sua Constituição. E a redação do artigo III, *section 1*, dessa Constituição é preciso ao estabelecer que *o Poder Judiciário dos Estados Unidos deverá ser investido em uma Suprema Corte e em tantas cortes inferiores quantas o Congresso houver por ordenar e estabelecer de tempos em tempos*⁵⁶. Poderiam as agências ser consideradas, então,

⁵³ “(7) “adjudication” means agency process for the formulation of an order;” (5 U.S. § 551 (7)).

⁵⁴ “(6) “order” means the whole or a part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in a matter other than rule making but including licensing;” (5 U.S. § 551 (6))

⁵⁵ “Presumably anything from a Social Security clerk’s authorization to begin paying retirement benefits on a particular Social Security account, to a local Forest Service employee’s decision to close an access road temporarily because of an avalanche, to an Occupational Safety and Health Administration inspector’s determination that a fire extinguisher is improperly located in a workshop, to a Federal Trade Commission determination that a proposed merger is anticompetitive, to a Food and Drug Administration determination that AZT may be marketed for the treatment of HIV infection, qualifies as an adjudication.” (2000, p. 287.)

⁵⁶ “The judicial Power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish.”

cortes inferiores estabelecidas pelo Congresso, segundo a autorização constitucional acima referida?

Em verdade, as agências não podem ser consideradas vinculadas ao Judiciário americano. Isso por conta de não atenderem às prerrogativas constitucionais conferidas aos juízes federais. Estes, segundo a Constituição, têm garantidos mandato vitalício e irredutibilidade de vencimentos – por isso, as cortes que possuem tais garantias são denominadas *article III courts*. Uma vez que nenhuma agência oferece essas garantias a seus funcionários, sejam os de hierarquia mais elevada (como os *Commissioners* das agências colegiadas) ou mais baixa, a doutrina houve por não as vincular ao Judiciário.⁵⁷

Não sendo entes do Judiciário, cuidar-se-ia de uma delegação indevida de poder por parte do Congresso? O exercício de funções quase-judiciais, contudo, pouco foi contestado perante os tribunais – ao menos se compararmos com as contestações contra o exercício de *rulemaking*. O *case-law* a esse respeito foi durante muitos anos norteador pela decisão da Suprema Corte em *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22 (1932). Neste caso, a corte constitucional decidiu pela constitucionalidade de lei delegando poderes à *United States Employees' Commission*, uma agência administrativa, para decidir casos relativos ao *Longshoremen's and Harbor Workers Compensation Act* – lei que cuidava de direitos de trabalhadores portuários. Para tanto, a Suprema Corte diferenciou disputas envolvendo direitos públicos (*public rights*) de disputas envolvendo direitos privados (*private rights*). Direitos públicos seriam aqueles que surgem das relações entre governo e particulares sujeitos à sua autoridade, de forma conexa ao desempenho de funções constitucionais de entes do Executivo ou do Legislativo⁵⁸. Direitos privados seriam aqueles envolvendo a responsabilidade de um indivíduo ou outro segundo a *common law*⁵⁹. A competência para resolver disputas envolvendo direitos públicos poderia ser investida pelo Congresso de forma integral em agências administrativas⁶⁰. Disputas envolvendo direitos privados, contudo, deveriam ser submetidas a cortes providas com as garantias estatuídas no artigo III da Constituição. No caso específico, a Suprema Corte entendeu se cuidar de um caso envolvendo direitos privados, mas que a constitucionalidade da lei era admitida à medida que se considerasse a função da agência como apenas de decidir fatos – as questões de direito poderiam ser revistas

⁵⁷ Cf. Mashaw, Merrill e Shane, 2000, p. 107 e ss.

⁵⁸ “Public rights” são assim definidos pelo *Chief Justice* Hughes no voto vencedor do julgamento: “...those which arise between the government and persons subject to its authority in connection with the performance of the constitutional functions of the executive or legislative departments...”

⁵⁹ “Private rights”, segundo o *Chief Justice* Hughes, são aqueles que envolvem “... the liability of one individual to another under the [common] law as defined...”

⁶⁰ “The Court referred to this distinction in *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Company*, supra, pointing out that ‘there are matters, involving public rights, which may be presented in such form that the judicial power is capable of acting on them, and which are susceptible of judicial determination, but which congress may or may not bring within the cognizance of the courts of the United States, as it may deem proper.’ Thus the Congress, in exercising the powers confided to it, may establish ‘legislative’ courts (as distinguished from ‘constitutional courts in which the judicial power conferred by the Constitution can be deposited’) which are to form part of the government of territories or of the District of Columbia,¹² or to serve as special tribunals ‘to examine and determine various matters, arising between the government and others, which from their nature do not require judicial determination and yet are susceptible of it.’ But ‘the mode of determining matters of this class is completely within congressional control. Congress may reserve to itself the power to decide, may delegate that power to executive officers, or may commit it to judicial tribunals.’”

pelo Judiciário. Além disso, a produção de provas (*fact finding*) pertinente a casos dessa natureza seria atendida mediante a mera observação dos registros da agência com relação aos casos por ela decididos – i.e., as cortes podiam confiar nos registros das agências, ainda que as provas presentes nesses registros não fossem produzidas novamente perante essas cortes.

A corte suprema dos EUA teve oportunidade de ratificar esse entendimento em *Northern Pipeline Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50 (1982). No caso, decidiu-se pela inconstitucionalidade de delegação de *adjudicatory authority* aos juízos federais de falência (*bankruptcy courts*) – que gozam de muitas das garantias do artigo III da Constituição americana, mas não todas. Essas cortes tinham poderes para julgar potencialmente todas as matérias envolvendo falências – inclusive disputas que poderiam ser submetidas também às cortes dos Estados –, e suas decisões seriam finais desde que nenhuma das partes recorresse tempestivamente a uma *article III court*. A Suprema Corte entendeu que se cuidava de matéria de direito privado, e valeu-se da jurisprudência estabelecida em *Crowell v. Benson* para declarar a inconstitucionalidade. Rejeitou, ainda, a caracterização das *bankruptcy courts* como meramente adjacentes às *district courts*, entendendo não ser suficiente a possibilidade de revisão por essas cortes para a constitucionalidade do sistema. Afirmou a Suprema Corte que as *bankruptcy courts* possuíam tamanho poder que, mesmo podendo rever suas decisões, as *district courts* foram privadas dos atributos essenciais do Poder Judiciário.

A diferenciação entre direitos públicos e privados como fiel para submissão de matérias ao exame conclusivo das *article III courts* foi, contudo, modificada substancialmente em *Thomas v. Union Carbicide Agricultural Products Co.*, 473 U.S. 568 (1985). O caso tratava da aplicação de um dispositivo de uma lei sobre inseticidas, fungicidas e similares, que estabelecia que quem se aproveitasse de estudos anteriores para efeito de aprovação daqueles produtos pela *Environmental Protection Agency* teria que ressarcir o autor de referidos estudos. Caso não se chegasse a um consenso quanto ao valor, a lei obrigava as partes a submeterem o caso a um árbitro, cuja decisão somente poderia ser revista judicialmente na hipótese de fraude, vício de representação ou outras falhas de conduta. A Suprema Corte votou pela constitucionalidade da lei, entendendo que, apesar do direito ao ressarcimento ser um direito privado, o fato de estar integrado a um esquema regulatório público o dotaria de muitas características de um direito público. Dessa forma, poderia o Congresso excluir a apreciação desse direito pelo Poder Judiciário, salvo como revisor da idoneidade processual da decisão⁶¹.

Em 1986, no caso *Commodity Futures Trading Commission (CFTC) v. Schor*, 478 U.S. 833, a Suprema Corte ratificou e expandiu esse entendimento. O assunto submetido a essa corte foi a constitucionalidade de delegação à CFTC de poderes para julgar *counterclaims* (semelhantes à nossa reconvenção) versando sobre processos de reparações de danos – regidos pela *common law* dos Estados. No caso, a Suprema Corte entendeu que mesmo casos que envolvessem direitos privados poderiam ser delegados às agências, desde que relacionados com a lei que dita agência tem competência para aplicar, e desde que a jurisdição da agência seja

⁶¹ Essa decisão foi bastante criticada pela doutrina tanto pelo fato de flexibilizar em demasiado a distinção entre direitos públicos e privados, como pelo fato de permitir a delegação de *adjudicatory power* a árbitros privados.

facultativa – ou seja, que qualquer das partes, querendo, recorra ao judiciário ao invés de recorrer à agência. Justificou-se a não aplicação da jurisprudência estabelecida em *Northern Pipeline v. Marathon* pelo fato de, neste caso, ter ocorrido uma delegação ampla – as *bankruptcy courts* eram competentes para decidir todos os casos relativos à falências. Em *CTFC v. Schor*, contudo, entendeu-se que a delegação de *adjudatory power* sobre direitos privados estava restrita a uma matéria específica de direito. Ademais, a constitucionalidade se garantiria pelo fato de que a execução (*enforcement*) das decisões da CTFC somente poderia ser feita pelas *district courts*.

Contudo, em *Granfinanciera, S.A. v. Nordberg*, 492 U.S. 33 (1989), a Suprema Corte adotou entendimento conflitante. Nesse caso, julgou-se que o réu em uma ação de ressarcimento de créditos de uma empresa falida tinha direito de ser julgado por um tribunal do júri, não sendo constitucional sua submissão obrigatória a juízos de falências. Afirmou a Suprema Corte que, não obstante se cuidar de direito previsto em lei (e não na *common law*), esse direito seria um direito privado na medida em que não estivesse vinculado a um programa regulatório federal, nem fosse um direito que pertencesse ao governo federal ou que a este pudesse ser contraposto. Sendo um direito privado, assistia-lhe o direito de ser julgado por um júri, conferido pela 7ª Emenda à Constituição.

Tendo em vista os posicionamentos conflitantes da Suprema Corte, há inequívoca dificuldade em estabelecer uma linha divisória entre casos privativos das chamadas *article III courts* e aqueles que podem ser decididos em instância final pelas agências, e mesmo a doutrina norte-americana tem criticado a linha de sua corte constitucional⁶². Todavia, a jurisprudência descrita permite dividir ao menos alguns princípios a pautar tal distinção. Nesse ponto, nos valemos do *docket* (ementa) do caso *Granfinanciera v. Nordberg*, que sumariza bem esses princípios:

Embora a Sétima Emenda não proíba o Congresso de, acerca de demandas que cuidem de um “direito público”, assinalar a resolução de uma pretensão fundada em lei federal e resultante de princípios advindos da *common law* (*legal in nature*)⁶³ a um *non-Article III tribunal* que não use um júri para decisão da matéria de fato, o Congresso não possui o poder de privar partes que litigam matéria de direito privado de seu direito constitucional de um julgamento pelo tribunal do júri. (...) Para tanto, um “direito público” não está limitado à matéria advinda da relação do governo com outrem, mas se estende a direitos aparentemente “privados”, mas que sejam fortemente ligados a um programa regulatório federal que o Congresso tenha poder para editar.⁶⁴

⁶² Para uma lista de críticos do posicionamento da Suprema Corte, ver MASHAW, MERRILL e SHAW, 2000, pp. 118 e 119.

⁶³ Ao vocábulo “legal”, nesse caso, contrapõe-se o vocábulo “equitable”, que significa válido ou reconhecido segundo a “equity”. Como dito, distinção entre “equity” e “common law” (ou, simplesmente, “law”) vem do direito inglês, e decorre de um momento histórico em que o Tribunal da Chancelaria, representante do poder real, passou a criar novos institutos de direito, de forma complementar – e muitas vezes suplementar – ao direito criado pelos Tribunais Reais, que tradicionalmente constituíram o núcleo do Poder Judiciário inglês. Assim, no caso sob análise, a Suprema Corte reconhece que mesmo a matéria historicamente sujeita ao exame pelo Judiciário, qual seja a matéria de *common law* (*legal in nature*), pode ser delegada às agências, desde que sob determinadas condições. Sobre a diferença entre *common law* e *equity*, consulte DAVID, 2002, pp. 352 a 407.

⁶⁴ “Although the Seventh Amendment does not prohibit Congress from assigning resolution of a statutory claim that is legal in nature to a non-Article III tribunal that does not use a jury as a factfinder so long as the claim asserts a “public right,” Congress lacks the power to strip parties who are

Ou seja, em regra, quando se cuidar de direitos privados, a competência caberá às *article III courts* – que poderão, não obstante, ser auxiliadas pelas agências no que concerne às decisões sobre a matéria de fato (conforme *Crowell v. Benson*). Todavia, quando esses direitos privados estiverem vinculados a um programa regulatório federal (*Thomas v. Union Carbicide*), a competência poderá ser atribuída a uma agência. A atribuição de competência também será válida quando se cuidar de uma porção limitada de matéria disciplinada em lei e conexa à matéria de competência de uma agência (*CFTC v. Schor*), desde que as partes possam, alternativamente, recorrer às *article III courts*. Por fim, direitos públicos sempre poderão ser objeto de *adjudication* pelas agências.

Portanto, matéria originalmente de competência judicial se inclui na *adjudicatory authority*. Além disso, como visto, matérias concernentes à função executiva são também objeto da *adjudicatory authority*. Resta claro, nesse sentido, que a amplitude de decisões abarcadas pelo conceito de *adjudication* não pode ser tratada da mesma forma. De fato, não é essa a opção do APA. Em verdade, o regime jurídico a pautar o exercício do *adjudicatory power* pelas agências dependerá de uma série de outras considerações. O APA somente traz normas relativas a *adjudications* em que a lei determine a necessidade de registro formal das decisões (*on the record*), após a realização de audiência (*hearing*), conforme 5 U.S. § 554⁶⁵. Ditos processos estão sujeitos a uma série de formalidades, como notificação prévia dos interessados, prazo para, antes da audiência, as partes interessadas apresentarem suas razões por escrito, entre outras. Procedimentos dessa natureza são chamados *formal hearings* pelos administrativistas americanos. O próprio APA estabelece dois tipos de processos que devem se sujeitar a *formal hearings*: o de emissão de licenças (*licencing*) e o de aplicação de sanções (*imposition of sanctions*).

Não obstante o APA somente faça menção aos casos previstos em lei, hipóteses sem assento na legislação podem ser compelidas a obedecer procedimentos de *formal hearing* – ainda que não necessariamente os do APA. Isso porque a 5^a e a 14^a Emendas da Constituição americana proíbem **qualquer ação governamental** que possa privar um indivíduo com relação a sua **vida, liberdade ou propriedade** (*life, liberty and property*), sem que haja observância das garantias do devido processo legal⁶⁶. Nowak e Rotunda anotam que:

contesting matters of private right of their constitutional right to a jury trial. (...) For these purposes, a "public right" is not limited to a matter arising between the Government and others, but extends to a seemingly "private" right that is closely intertwined with a federal regulatory program that Congress has power to enact." (492 U.S. 33 (1989) – docket)

⁶⁵ "Sec. 554. – Adjudications //(a) This section applies, according to the provisions thereof, in every case of adjudication required by statute to be determined on the record after opportunity for an agency hearing, except to the extent that there is involved - // (1) a matter subject to a subsequent trial of the law and the facts de novo in a court; // (2) the selection or tenure of an employee, except a administrative law judge appointed under section 3105 of this title; // (3) proceedings in which decisions rest solely on inspections, tests, or elections; // (4) the conduct of military or foreign affairs functions; //(5) cases in which an agency is acting as an agent for a court; or // (6) the certification of worker representatives."

⁶⁶ Usa-se a expressão "devido processo legal" para traduzir o inglês "due process of law", conforme uso consagrado na doutrina brasileira. Necessário reparar, contudo, que se cuida de uma tradução incorreta. "Due", no caso, não significa "devido", mas sim "adequado" ("satisfying or capable of satisfying a need, obligation, or duty"). A locução "of law", por sua vez, não significa "legal", mas "do

Se a vida, a liberdade ou a propriedade estão em jogo, o indivíduo tem o direito a um procedimento justo. A questão então passa a ser a natureza do “processo” que se considera “adequado” (*due*). Em todas as instâncias o Estado deve aderir a regras previamente declaradas para resolver a disputa, ou ao menos delas não desviar de uma maneira que seja injusta para o indivíduo contra quem a ação está por ser promovida. O governo sempre tem a obrigação de prover um árbitro (*decision-maker*) neutro – alguém que não esteja inerentemente inclinado contra o indivíduo ou tenha interesse pessoal no resultado da disputa.⁶⁷

A questão da natureza de um *due process* é bastante controversa e debatida na doutrina e na jurisprudência. Outra questão igualmente controversa é a do que é considerado relacionado à vida, à liberdade ou à propriedade. A Suprema Corte americana tem adotado posicionamento bastante flexível com relação à matéria, não sendo possível divisar uma linha de raciocínio uniforme. Em geral, serão as características particulares de cada caso que determinarão a exigência ou não de determinado procedimento formal⁶⁸.

2.4. COMPETÊNCIA QUASE-LEGISLATIVA (RULEMAKING AUTHORITY)

Segundo o APA, *rulemaking* é o processo de formulação, alteração ou revogação de uma *rule*⁶⁹. *Rule*, por sua vez, é toda norma geral abstrata editada por uma agência⁷⁰. Portanto, a *rulemaking authority* é a competência para regulamentar leis.

Assim como ocorre no Brasil, a questão mais controversa no que diz respeito à *rulemaking authority* é a concernente à constitucionalidade do exercício de uma função legislativa por parte do Poder Executivo. Nesse ponto, a título introdutório, esclareça-se que, ao contrário do que afirmam muitos doutrinadores brasileiros, a teoria de que as agências independentes se vinculam ao Poder Legislativo não é invocada nem pela doutrina, nem pela jurisprudência, para justificar uma eventual delegação de função legislativa a elas conferida.

direito”. Dessa forma, uma tradução mais adequada da conhecida locução seria “adequado processo do direito”.

⁶⁷ “If life, liberty of property is at stake, the individual has a right to a fair procedure. The question then focuses on the nature of the “process” that is “due”. In all instances the state must adhere to previously declared rules for adjudicating the claim or at least not deviate from them in a manner which is unfair to the individual against whom the action is to be taken. The government always has the obligation of providing a neutral decision-maker – one who is not inherently biased against the individual or who has personal interest in the outcome.” (NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional Law**. 4th ed. St. Paul: West Publishing Co., 1991, pp. 487 e 488).

⁶⁸ Para uma discussão do *due process* em processos de *adjudication*, ver MASHAW, MERRIL e SHANE, 2000, pp. 289 a 354.

⁶⁹ “(5) “rule making” means agency process for formulating, amending, or repealing a rule;” (5 U.S. § 551 (5))

⁷⁰ “(4) “rule” means the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganizations thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances therefor or of valuations, costs, or accounting, or practices bearing on any of the foregoing;” (5 U.S. § 551 (4))

Em primeiro lugar, cuida-se de uma teoria de pouca aceitação no meio acadêmico, e que nunca foi adotada pelos tribunais. Em segundo lugar, nem todas as agências que possuem *rulemaking authority* são agências independentes – a própria ICC quando foi criada não era independente: essa condição foi adquirida posteriormente. E com relação às agências não-independentes não há dúvidas de sua vinculação ao Poder Executivo. Finalmente, mesmo que se considerem as agências independentes entes vinculados ao Poder Legislativo, a questão persiste, uma vez que a Constituição americana não apenas estabelece que *todos os poderes legislativos deverão ser investidos em um Congresso dos Estados Unidos* (artigo I, *section 1*)⁷¹, como estabelece que toda lei deverá obedecer ao processo legislativo constitucionalmente previsto. Assim, por um lado, surge a questão da constitucionalidade da elaboração de regras com feição de lei por entes que não o Congresso (sejam esses entes vinculados ou não ao Poder Legislativo), e, por outro lado, a questão da constitucionalidade da elaboração de regras com feição de lei que não se tenham submetido ao processo legislativo disciplinado na Constituição.

Por pelo menos 150 anos, o posicionamento da Suprema Corte foi no sentido da inconstitucionalidade absoluta da delegação. O caso de referência desse posicionamento é *Marshall Field & Co. v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892), em que a corte foi categórica ao afirmar que:

Que o Congresso não pode delegar poder legislativo ao Presidente é um princípio universalmente reconhecido como vital para a integridade e manutenção do sistema de governo determinado pela Constituição.⁷²

Não se cuida, contudo, de um *leading case*: mesmo antes de *Field v. Clark* a delegação de poderes legislativos não era tida como constitucional. Cuida-se da chamada *nondelegation doctrine*. Não obstante, a Suprema Corte até então – e durante um considerável período depois – nunca houve por declarar a inconstitucionalidade de lei ou dispositivo de lei com base nesse princípio. Em todas as hipóteses se considerou a delegação como não característica de uma função legislativa – a maioria dos casos lidava com questões ligadas às relações internacionais, especialmente tributos alfandegários.

Na primeira metade do séc. XX, contudo, a Suprema Corte reviu paulatinamente seu posicionamento – não de forma a abandonar nominalmente a *nondelegation doctrine*, mas a flexibilizar a sua aplicação. Em *Interstate Commerce Commission v. Goodrich Transit Co*, 224 U.S. 194 (1912), a Suprema Corte foi chamada a se pronunciar a respeito de duas determinações (*orders*) da ICC: uma prescrevendo métodos de contabilidade e registro relativos à receita operacional de transportadoras de cargas e passageiros por via lacustre – na região dos Grandes Lagos; outra requerendo dessas transportadoras informações sobre sua organização corporativa, suas condições financeiras, entre outros, sem que corresse na ICC qualquer processo contra ditas transportadoras. Estas impugnaram judicialmente as determinações argumentando, entre outras coisas, que a possibilidade de

⁷¹ “All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and a House of Representatives.”

⁷² “That the Congress cannot delegate legislative power to the President is a principle universally recognized as vital to the integrity of and maintenance of the system of government ordained by the constitution.” (tradução livre)

estabelecimento de métodos contábeis compulsórios e de requerimento de informações cuidar-se-ia de delegação inconstitucional de poder legislativo por parte do Congresso. A Suprema Corte, então, manifestou-se da seguinte forma, no voto vencedor do *Justice Day*:

O Congresso não pode delegar seu poder legislativo puro para uma comissão, mas, tendo estabelecido as regras gerais de atuação sob as quais uma comissão deve proceder, ele pode requerer dessa comissão a aplicação de tais regras a situações particulares e à investigação de fatos, visando a elaborar determinações em uma matéria particular, dentro das regras estabelecidas pelo Congresso.⁷³

Em 1928, em outro caso que cuidava de regras alfandegárias, a Suprema Corte iria estabelecer o marco definitivo de sua mudança de postura. O *Tariff Act* de 1922 impunha alíquotas específicas para determinadas classes de produtos importados, com o objetivo declarado de equalizar o preço desses produtos com os equivalentes nacionais. Previa, entretanto, que o Presidente poderia modificar as alíquotas, ou mesmo mudar as categorias tarifárias previstas na lei, se entendesse que essas ou aquelas não refletiam as diferenças de custo de produção entre o produto importado e o equivalente nacional⁷⁴. A Suprema Corte foi invocada a se pronunciar sobre essa delegação de competência em *J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 394 (1928), um dos casos mais citados no que diz respeito à *nondelegation doctrine*. Na oportunidade, o então *Chief Justice* Taft, no voto vencedor, concluiu, que:

O advogado do autor concede que o Congresso possa se valer de oficiais do Executivo para a aplicação e execução de uma política declarada na lei pelo Congresso, e autorizar tais oficiais a, na aplicação da declaração parlamentar, executá-la mediante regulação equivalente à lei. Mas se diz que tal fato nunca foi permitido onde o Congresso tenha exercido o poder de impor tributos e fixar alíquotas. As autoridades não fazem tal distinção. O mesmo princípio que permite ao Congresso exercer seu poder de fixar tarifas para o comércio interestadual – mediante a declaração de uma norma que deva prevalecer na fixação legislativa de tarifas –, e que o permite remeter-se a um ente fixador de tarifas criado de acordo com suas provisões para a determinação de tais tarifas, justifica uma provisão similar para a fixação de alíquotas alfandegárias para mercadorias importadas. **Se o Congresso**

⁷³ “The Congress may not delegate its purely legislative power to a commission, but, having laid down the general rules of action under which a commission shall proceed, it may require of that commission the application of such rules to particular situations and the investigation of facts, with a view to making orders in a particular matter within the rules laid down by the Congress.”

⁷⁴ O dispositivo era o seguinte: “Section 315(a). That in order to regulate the foreign commerce of the United States and to put into force and effect the policy of the Congress by this act intended, whenever the President, upon investigation of the differences in costs of production of articles wholly or in part the growth or product of the United States and of like or similar articles wholly or in part the growth or product of competing foreign countries, shall find it thereby shown that the duties fixed in this act do not equalize the said differences in costs of production in the United States and the principal competing country he shall, by such investigation, ascertain said differences and determine and proclaim the changes in classifications or increases or decreases in any rate of duty provided in this act shown by said ascertained differences in such costs of production necessary to equalize the same. Thirty days after the date of such proclamation or proclamations such changes in classification shall take effect, and such increased or decreased duties shall be levied, collected, and paid on such articles when imported from any foreign country into the United States or into any of its possessions (except the Philippine Islands, the Virgin Islands, and the islands of Guam and Tutuila): Provided, That the total increase or decrease of such rates of duty shall not exceed 50 per centum of the rates specified in title 1 of this act, or in any amendatory act.” (Citado no voto do *Chief Justice* Taft em *J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 394 (1928).)

estabelecer por um ato legislativo um princípio inteligível (*intelligible principle*) ao qual deva se conformar a pessoa ou o órgão autorizado a fixar tais tarifas, essa ação legislativa não é uma delegação proibida de poder legislativo⁷⁵. Se se infere ser sábio variar as alíquotas alfandegárias de acordo com as mutáveis condições de produção domésticas e alienígenas, pode-se autorizar o chefe do Executivo a desempenhar essa função, com o auxílio consultivo de uma *Tariff Commission* designada sob a autoridade do Congresso.[grifamos]⁷⁶

Essa decisão teve destacada repercussão pelo fato de: (i) declarar de forma inequívoca que não apenas comissões poderiam obter delegação de poderes normativos; (ii) estabelecer a regra frente à qual a delegação deve ser julgada: o *intelligible principle* formulado pelo Congresso. A partir de então, passou-se a admitir de forma geral a atribuição da *rulemaking authority* para as agências – independentes ou não –, desde que presente o *intelligible principle*, também chamado de *standard* (padrão), que subordine o exercício desse poder. Importante ressaltar que tal atribuição de competência, por conter o *intelligible principle*, não é considerada propriamente uma delegação de poder legislativo. Considera-se que o Congresso continua exercendo esse poder, e que a *rulemaking authority* nada mais é do que uma forma de implementar a vontade do Congresso – nunca de substituí-lo.⁷⁷

Apenas sete anos depois de *Hampton v. United States*, a Suprema Corte, valendo-se da teoria do *intelligible principle*, haveria por considerar, em duas oportunidades distintas, excessiva a delegação de poderes ao Executivo. Cuidam-se das duas únicas vezes em que a Corte Constitucional se manifestou dessa forma, e ambas lidavam com dispositivos do *National Industrial Recovery Act* – uma das primeiras leis do *New Deal* de Roosevelt. O primeiro caso é *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935). O dispositivo normativo combatido (*section 9(c)*) autorizava o Presidente a excluir do comércio interestadual produtos derivados de petróleo produzidos ou retirados de estoque em volume maior do que o permitido pelas leis estaduais e regulamentos aplicáveis. A lei não exigia que o Presidente justificasse formalmente os motivos da exclusão, e tampouco as condições em que a exclusão seria aplicável. A desobediência à ordem presidencial de exclusão era crime punível com reclusão de até seis meses, e/ou multa de até US\$ 500,00. A lei autorizava ainda o Presidente a emitir os regulamentos que julgasse necessários ao cumprimento da lei. O Presidente, por meio de uma *executive order*, delegou as funções que lhe

⁷⁵ A expressão em inglês, “it is not a forbidden delegation of legislative power”, deixa claro que não se trata de admitir, propriamente, a delegação de poder legislativo – esta é proibida (*forbidden*).

⁷⁶ “It is conceded by counsel that Congress may use executive officers in the application and enforcement of a policy declared in law by Congress and authorize such officers in the application of the congressional declaration to enforce it by regulation equivalent to law. But it is said that this never has been permitted to be done where Congress has exercised the power to levy taxes and fix customs duties. The authorities make no such distinction. The same principle that permits Congress to exercise its rate-making power in interstate commerce by declaring the rule which shall prevail in the legislative fixing of rates, and enables it to remit to a rate-making body created in accordance with its provisions the fixing of such rates, justifies a similar provision for the fixing of customs duties on imported merchandise. **If Congress shall lay down by legislative act an intelligible principle to which the person or body authorized to fix such rates is directed to conform, such legislative action is not a forbidden delegation of legislative power.** If it is thought wise to vary the customs duties according to changing conditions of production at home and abroad, it may authorize the Chief Executive to carry out this purpose, with the advisory assistance of a Tariff Commission appointed under congressional authority.” (tradução livre)

⁷⁷ Tanto é assim que a decisão da Suprema Corte em *Hampton v. United States* é considerada exemplo da *nondelegation doctrine* (cf. MASHAW, MERRILL e SHANE, 2000, pp. 56 e ss.).

foram investidas pela lei ao *Secretary*⁷⁸ of Interior. Este, no exercício de suas atribuições, emitiu diversos regulamentos visando à execução da lei.

Não obstante a lei enumerar – de forma geral – vários princípios que deviam pautar sua execução, a Suprema Corte entendeu não haver, no caso, um princípio inteligível o suficiente para limitar e guiar as ações do Presidente. Nesse sentido, o *Chief Justice Hughes*, no voto condutor, declarou:

Assim, em todo caso em que a questão foi levantada, a Corte reconheceu que há limites à delegação em que inexiste autoridade constitucional para transcendê-los. É de nossa opinião que o § 9(c) ultrapassa esses limites. Quanto ao transporte de petróleo em excesso ao volume permitido pelos Estados, o Congresso não declarou política alguma, estabeleceu critério nenhum, fixou norma nenhuma. Não há um requisito, uma definição das circunstâncias e condições em que o transporte deve ser permitido ou proibido.

Se o § 9(c) fosse mantido válido, seria inútil pretender que qualquer coisa escaparia ao poder do Congresso de delegar suas funções normativas. O raciocínio de muitas decisões que temos revertido cairia no vazio, e suas distinções seriam nulas. Ao invés de desempenhar sua função normativa, o Congresso poderia a seu critério, e com relação a quaisquer matérias que desejasse, transferir essa função para o Presidente ou outro oficial ou órgão administrativo. A questão não é a da importância intrínseca da lei em particular ora analisada, mas a de quais processos legislativos constitucionais são parte essencial de nosso sistema de governo.⁷⁹

O outro caso em que houve consideração de excesso de delegação foi julgado quatro meses depois de *Panama Refining v. Ryan*. Trata-se de *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935). Uma vez mais, cuidava-se de dispositivo do *National Industrial Recovery Act*. Neste caso, o dispositivo atacado foi a *section 3* da referida lei, que conferia ao Presidente poderes para aprovar códigos de “concorrência leal” (“*fair competition*”) submetidos por associações comerciais ou grupos empresariais. As únicas condições limitando o poder presidencial eram: (i) que tais grupos deveriam ser “verdadeiramente representativos” (“*truly representative*”) da indústria a ser regulada pelo código; (ii) que a admissão a esses grupos não deveria ser restringida de forma desigual; (iii) que o código não fosse elaborado para promover monopólios, nem para eliminar ou oprimir pequenas empresas. Aprovados, esses códigos passariam a ser os padrões para a justa competição em um ramo da indústria, e a violação de seus dispositivos seria considerada contravenção penal (*criminal misdemeanor*) punível com multa de até

⁷⁸ *Secretary* é o chefe de um *Department*, vinculado diretamente ao Presidente. Equivale ao nosso cargo de Ministro de Estado.

⁷⁹ “Thus, in every case in which the question has been raised, the Court has recognized that there are limits of delegation which there is no constitutional authority to transcend. We think that section 9(c) goes beyond those limits. As to the transportation of oil production in excess of state permission, the Congress has declared no policy, has established no standard, has laid down no rule. There is no requirement, no definition of circumstances and conditions in which the transportation is to be allowed or prohibited.

If section 9(c) were held valid, it would be idle to pretend that anything would be left of limitations upon the power of the Congress to delegate its lawmaking function. The reasoning of the many decisions we have reviewed would be made vacuous and their distinctions nugatory. Instead of performing its lawmaking function, the Congress could at will and as to such subjects as it chooses transfer that function to the President or other officer or to an administrative body. The question is not of the intrinsic importance of the particular statute before us, but of the constitutional processes of legislation which are an essential part of our system of government.” (tradução livre)

US\$ 500,00. A Suprema Corte, unanimemente, considerou ausentes os *intelligible principles* a guiar a ação normativa do Presidente, e, por conseguinte, entendeu inconstitucional o dispositivo legal. Além dos argumentos de *Panama Refining v. Ryan*, a corte constitucional americana entendeu inexistirem, para a adoção dos referidos códigos, garantias processuais adequadas – tais como citação, audiência e produção de provas pelas partes possivelmente interessadas.

Como dito, *Schechter* foi o último caso em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei por excesso de delegação. Tal fato, todavia, não se explica por uma melhor técnica legislativa em decorrência das revisões judiciais. De fato, a Suprema Corte, posteriormente, manteve leis contendo princípios até mesmo mais amplos do que os de *Schechter* e *Panama Refining*. Mashaw, Merrill e Shane, a esse respeito, esclarecem:

A Suprema Corte, subseqüentemente [ao caso *Schechter*], manteve várias outras delegações de autoridade administrativa, não obstante contrapondo-se a argumentos plausíveis de que essas delegações não eram mais específicas do que as tidas por insuficientes em 1935. Ver, por exemplo, *Arizona v. Califórnia*, 373 U.S. 546 (1963), mantendo uma delegação de um poder essencialmente sem padrões (*standardless*) ao *Secretary of Interior* para repartir as águas do rio Colorado. Mesmo leis de amplo significado político e econômico, contendo provisões de grande detalhe e complexidade, no mais das vezes possuem vagueza precisamente no ponto de escolhas políticas cruciais. Poder-se-ia argumentar, logo, que os casos *Schechter* e *Panama Refining* são “excentricidades”, mais explicáveis em termos de política dos *justices* da Suprema Corte de 1935 do que em termos de doutrina jurídica. Esta explicação, contudo, não pondera adequadamente outros fatores que influenciaram esses casos, nem, mesmo que fosse substancialmente acurada, necessariamente diverge da importância da *nondelegation doctrine*. Essa doutrina é reconhecidamente política, pois lida explicitamente com a organização política fundamental do Estado. A reiteração pela Suprema Corte do princípio da não-delegação, somada a seu uso espartano para invalidação de leis, ilustra um esforço judicial contínuo de harmonizar o Estado Administrativo Moderno com noções tradicionais de governo representativo e da supremacia do direito. Testemunha ainda, em um sentido judicial(...), que as técnicas jurídicas, menos do que declarar leis inválidas, são meios preferíveis para acomodar as necessidades de políticas públicas com um controle efetivo da discricionariedade administrativa.⁸⁰

Com relação aos limites da *rulemaking authority*, o *landmark case* é *Chevron U.S.A. INC. v. Natural Resources Defense Council, INC.*, 467 U.S. 837

⁸⁰ “The Supreme Court has subsequently upheld many other grants of administrative authority in the face of plausible charges that they were no more specific than those found wanting in 1935. See, e.g., *Arizona v. California*, 373 U.S. 546 (1963), upholding a grant of essentially standardless power to the Secretary of the Interior to apportion the waters of the Colorado River. Even statutes of major political and economic significance, containing provisions of great detail and complexity, often exhibit vagueness precisely at the point of critical policy choice. One can argue, therefore, that the *Schechter* and *Panama Refining* cases are “sports,” better explainable in terms of the politics of the justices of the Supreme Court in 1935 than in terms of legal doctrine. This explanation, however, does not give sufficient weight to other factors at work in those cases, nor does it, even if substantially accurate, necessarily detract from the importance of the nondelegation doctrine. That doctrine is admittedly political, for it deals explicitly with the fundamental political organization of the state. The Court’s reiteration of the nondelegation principle, coupled with its very sparing use to strike down legislation, illustrates a continuing judicial effort to harmonize the modern administrative state with traditional notions of representative government and the rule of law. It testifies also to a judicial sense, (...), that legal techniques short of declaring statutes invalid are generally preferable means for accommodating the necessities of public policy with effective control of administrative discretion.” (2000, pp. 61 – tradução livre.)

(1984). No caso, contesta-se regulamentação da *Environmental Protection Agency* – *EPA* concernente à aplicação do *Clean Air Act*. Segundo esta lei, os Estados deveriam estabelecer um programa de licenciamento ambiental de grandes fontes imóveis de poluição do ar. A lei estabelecia uma série de condições para a concessão das licenças, e delegou à *EPA* a competência para estabelecer as diretrizes a serem seguidas no cumprimento dessas condições. A *EPA*, então, editou regulamentação que permitia aos Estados adotarem uma definição de fonte poluidora considerando as fábricas como um todo, e não somente a nova unidade. Assim, as fábricas obteriam as licenças desde que sua poluição como um todo se mantivesse nos padrões da lei, ainda que a unidade acrescida não atendesse aos padrões legais. Esse conceito recebeu a alcunha de conceito “bolha”. A questão submetida à Suprema Corte foi a da legalidade da interpretação do conceito legal de “fonte poluidora” pela *EPA*. O *Justice Stevens*, no voto condutor, ponderou o seguinte:

Quando uma corte revê uma construção de uma agência acerca de sua lei de referência, ela é confrontada com duas questões. A primeira questão sempre é a de se o Congresso fez menção direta ao assunto em relevo. Se a intenção do Congresso é clara, este é o fim da discussão, pois tanto a corte como a agência devem dar efeito à intenção inequivocamente manifesta pelo Congresso. Se, contudo, a corte determinar que o Congresso não se dirigiu diretamente ao assunto em questão, a corte não pode simplesmente impor sua construção da lei, como seria necessário na ausência de uma interpretação administrativa. Ao revés, se a lei é silente ou ambígua a respeito do assunto específico, a questão para a corte passa a ser se a resposta da agência é baseada em uma construção legal permitida pelo direito.⁸¹

Com base nesse raciocínio, a Suprema Corte houve por manter o regulamento da *EPA*⁸². A partir de então, os princípios estabelecidos em *Chevron* passaram a ser usados de forma universal no direito americano. Desse modo, o juiz, ao analisar um regulamento – ou uma interpretação expressa em uma *adjudication* – de uma agência, deve obedecer dois passos. O primeiro é verificar se o assunto foi

⁸¹ “When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute.” (tradução livre)

⁸² No *docket* do caso, lê-se: “Parsing the general terms in the text of the amended Clean Air Act - particularly the provisions of 302(j) and 111(a)(3) pertaining to the definition of “source” - does not reveal any actual intent of Congress as to the issue in these cases. To the extent any congressional “intent” can be discerned from the statutory language, it would appear that the listing of overlapping, illustrative terms was intended to enlarge, rather than to confine, the scope of the EPA's power to regulate particular sources in order to effectuate the policies of the Clean Air Act. Similarly, the legislative history is consistent with the view that the EPA should have broad discretion in implementing the policies of the 1977 Amendments. The plantwide definition is fully consistent with the policy of allowing reasonable economic growth, and the EPA has advanced a reasonable explanation for its conclusion that the regulations serve environmental objectives as well. The fact that the EPA has from time to time changed its interpretation of the term “source” does not lead to the conclusion that no deference should be accorded the EPA's interpretation of the statute. An agency, to engage in informed rulemaking, must consider varying interpretations and the wisdom of its policy on a continuing basis. Policy arguments concerning the “bubble concept” should be addressed to legislators or administrators, not to judges. The EPA's interpretation of the statute here represents a reasonable accommodation of manifestly competing interests and is entitled to deference.”

tratado direta e inequivocamente pelo Congresso – o que significa não apenas observar a lei em si, mas a própria história legislativa da norma, segundo os princípios da interpretação segundo a *intention of the legislature*. O segundo passo somente tem lugar se a questão não foi tratada diretamente pelo Congresso, e consiste em verificar se a interpretação ou o regulamento foi elaborado de forma a não confrontar com a lei ou sua história legislativa. Nesse caso, mesmo na hipótese de ser possível uma interpretação diversa daquela fornecida pela agência, o Judiciário deve observar a interpretação feita pela Administração⁸³. Esses dois passos passaram a ser referidos pela jurisprudência e pela doutrina norte-americanas como *Chevron step one* e *Chevron step two*, respectivamente.

A partir de *Chevron*, as decisões das agências passaram a ser consideravelmente mais respeitadas pelo Judiciário. Estudos apontam que, comparando os seis meses anteriores aos seis meses posteriores à decisão, as cortes de apelação americanas invalidaram decisões de agências 10% menos⁸⁴. Não obstante, reconhece-se, de forma geral, a existência de razoável discricionariedade judiciária na revisão de decisões administrativas.

CONCLUSÃO

É axiomático o fato de o direito americano constituir uma aproximação do direito inglês com o direito romano-germânico. Em determinado momento histórico, não se soube nos EUA se uma ou outra linha seria seguida. A esse fato soma-se a tendência, verificada inclusive no direito inglês, de progressiva adoção da lei como fonte principal do direito. Assim, a função exercida pela lei nos EUA se aproxima muito daquela verificada no ordenamento jurídico pátrio.

Diferença relevante há, contudo, na função da jurisprudência. A doutrina do *stare decisis* acaba por conferir ao Judiciário verdadeira função normativa, uma vez que se lhe permite a adoção de princípios que acabarão dotados de generalidade. Assim, as decisões judiciais acabam por exercer função semelhante àquela exercida pelos regulamentos pátrios, pois fixam interpretações de dispositivos legais e estabelecem os procedimentos necessários à sua concretização. Cuida-se de

⁸³ Em *Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987), a intenção do Congresso, expressa na história legislativa da lei então debatida, foi utilizada, sob o *Chevron step one*, para invalidar decisão do serviço de imigração norte-americano. Nesse caso, todavia, o voto em apartado do *Justice Scalia*, não obstante concordar com o julgamento, discordou das razões para se chegar à decisão, apontando que “The Court also implies that courts may substitute their interpretation of a statute for that of an agency whenever they face a ‘pure question of statutory construction for the courts to decide’, rather than a ‘question of interpretation [in which] the agency is required to apply [a legal standard] to a particular set of facts’. No support is adduced for this proposition, which is contradicted by the case the Court purports to be interpreting, since in *Chevron* the Court deferred to the Environmental Protection Agency’s abstract interpretation of the phrase ‘stationary source’”. Deste modo, a partir de *Cardoza-Fonseca* a discricionariedade das agências na interpretação de conceitos legais seria ainda mais restrita, uma vez que, nas hipóteses de interpretação de um conceito em abstrato, as agências deveriam se submeter às decisões do Judiciário – e não o contrário. Essa doutrina, contudo, não está consolidada, uma vez que resulta de razões anclares à decisão do caso, decisão essa tomada com muitos dissensos. Não se sabe dizer até que ponto *Cardoza-Fonseca* é *obiter dictum*, por exemplo, ou mesmo se, pelo fato de haver várias opiniões em apartado, é uma doutrina mais fraca do que a ampla maioria conseguida em *Chevron* (que contou com seis votos a favor e três abstenções).

⁸⁴ Cf. MASHAW, MERRILL e SHANE, 2000, p. 774.

fator relevante no direito americano, e que deve sempre ser ponderado em uma análise de direito comparado. Discussões, por exemplo, sobre os efeitos da desregulação nos EUA devem levar em conta a função da jurisprudência, ponto que não pode ser olvidado quando se analisar um eventual aproveitamento da experiência americana em casos brasileiros.

O modo de condução das atividades administrativas é também bastante peculiar, em contraste com o brasileiro. Uma vez que se consideram atividades quase-judiciais (*adjudicatory authority*), os processos de instrução de atos administrativos têm forma similar a processos judiciais, observando inclusive regras formais de audiências, produção de provas e outros. Isso confere maior legitimidade às decisões proferidas pelas agências, uma vez que se cuidam de formalidades cujo objetivo é garantir o devido processo legal. Permite, também, um maior aproveitamento dos atos das agências por parte do Judiciário, do que se destaca a desnecessidade de nova instrução processual acerca de fatos apurados administrativamente (conforme *Crowell v. Benson*).

Verifica-se ainda que, no direito americano, houve por prevalecer a chamada *non-delegation doctrine*. Isto significa que não se admite, para aquele sistema de direito, a delegação de função legiferante ao Executivo, em respeito ao princípio da separação de poderes. Também nesse caso há similitude entre o direito americano e o brasileiro. Todavia, a jurisprudência houve por mitigar a aplicação da *non-delegation doctrine*, firmando construção já solidificada no sentido de se admitir o exercício de função normativa por entes vinculados ao Poder Executivo, e também pelo próprio Presidente.

A aparente contradição se resolve no momento em que se entende ser permitido ao Parlamento dotar o Poder Executivo de competência normativa, competência essa que não se confunde com a função precípua de editar leis. Assim, poder-se-ia traduzir a iterativa construção jurisprudencial norte-americana na afirmação de que a competência legiferante, intrínseca ao Poder Legislativo e, portanto, indelegável, diz respeito ao estabelecimento de diretrizes gerais de políticas públicas. A implementação dessas diretrizes pode ser validamente conduzida mediante a imposição de regras gerais e abstratas pelo Poder Executivo, regras essas que terão por pressuposto de validade não apenas o contido na lei, mas também a intenção da legislatura (cf. os princípios estabelecidos no caso *Chevron USA*).

Vale lembrar que qualquer ente do Poder Executivo é chamado agência, e qualquer agência dotada de função normativa é denominada agência reguladora. O fato de a agência ser ou não independente não constitui pressuposto de validade para a atribuição de função normativa.

BIBLIOGRAFIA

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

- _____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FARNSWORTH, Allan E. **An Introduction to the Legal System of the United States.** New York: Oceana Publications, 1996
- _____. (traduzido por Antônio Carlos Diniz de Andrada). **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia – uma reflexão de direito constitucional e comparado.** [on-line] Disponível via WWW. URL: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto027.htm> (consultado em 22/12/2003).
- HUBER, Peter; KELLOGG, Michael; THORNE, John. **Federal Telecommunications Law.** 2nd. ed. Aspen Law & Business, 1999.
- HURST, James Willard. **The Growth of American Law – the Law Makers.** Boston: Little, Brown and Company, 1950.
- MASHAW, Jerry L. MERRILL, Richard A. e SHANE, Peter M. **Administrative Law – the American Public Law System: cases and materials.** 4th ed. St. Paul: West Publishing Co., 2000
- MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e as agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão.* In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 99 a 139.
- POUND, Roscoe. **The Formative Era of American Law.** Gloucester: Little, Brown and Company, 1938.
- NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional Law.** 4th ed. St. Paul: West Publishing Co., 1991
- PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública.** Rio de Janeiro: Forense, 1941.
- SILVA NETO, Orlando Celso. *Noções gerais sobre o controle das agências regulatórias no direito norte-americano.* In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 427 a 453.

O PAPEL DO ÓRGÃO REGULADOR NA RESOLUÇÃO DE DISPUTAS ENTRE OPERADORAS DE TELECOMUNICAÇÕES: A ARBITRAGEM E A MEDIÇÃO À LUZ DA EXPERIÊNCIA JAPONESA, INGLESA E AMERICANA

*Artur Coimbra de Oliveira**

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os métodos de resolução de disputas. 2.1. Arbitragem. 2.2. Mediação. 3. Experiências estrangeiras de métodos de resolução de disputas conduzidos pelo órgão regulador. 3.1. Japão. 3.2. Inglaterra. 3.3. Estados Unidos. 4. Brasil. 4.1. Mapeamento das possibilidades de atuação da ANATEL para dirimir disputas entre operadoras de telecomunicações. 4.2. Propostas para o modelo brasileiro à luz do direito comparado. 4.2.1. Da competência material. 4.2.2. Da autonomia das partes referente à participação na mediação e na arbitragem. 4.2.3. Da possibilidade de se escolher o árbitro ou o mediador. 4.2.4. Da liberdade de procedimento. 4.2.5. Da possibilidade de recursos. 5. Conclusão. 6. Bibliografia. 6.1. Obras e publicações. 6.2. Instrumentos normativos.

1. INTRODUÇÃO

A liberalização dos mercados para a prestação de serviços de telecomunicações a partir da última década do século XX demandou a criação de órgãos reguladores do setor que buscassem resguardar o interesse público nessa atuação pelos entes privados. O Brasil procedeu à criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que é um órgão autônomo cujo dever é regulamentar e fiscalizar o setor fundando-se em dois princípios de atuação: a universalização dos serviços básicos de telecomunicações e a ampla e justa concorrência na exploração de serviços.

Entre os encargos oriundos do dever de garantir a competição, está o papel de resolver os conflitos entre operadoras.¹ De fato, o papel do regulador é muito importante nesse sentido, principalmente quando se trata da necessidade de regulação concorrencial assimétrica, em que as operadoras já estabelecidas – antigas operadoras do monopólio natural – gozam de alto poder de mercado em virtude de possuírem a maior parte das redes de telecomunicações.

Tais disputas entre operadoras podem ser um forte empecilho competitivo, especialmente se têm por trás uma prática anticoncorrencial de uma operadora com poder de mercado contra uma empresa entrante. É normal que, em uma lógica de mercado e empresarial, as operadoras tentem preservar ao máximo seu poder monopolístico e isso se dá, não raras vezes, por negativas de se possibilitar interconexão de redes a uma outra prestadora, por recusas em se permitir o *unbundling*, por práticas tarifárias desleais, entre outras formas.² Dessa maneira, o

* Artur Coimbra de Oliveira é membro do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações, do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação e do Grupo Sociedade, Tempo e Direito, todos da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

¹ BRASIL. Ministério das Comunicações. Exposição de Motivos nº 231/MC (Lei Geral de Telecomunicações), de 10 de dezembro de 1996.

² TODOROV, Francisco Ribeiro. **Concorrência em telecomunicações**. Brasília, 2003. Manuscrito.

papel da Agência em dirimir as disputas referentes a esses casos é um meio de se garantir a justa competição no mercado.

Outros fatores que contribuem para a Agência assumir a resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações são a falta de preparo técnico do Poder Judiciário e a sua incapacidade de fornecer respostas rápidas a problemas que não podem se estender por anos sem serem definitivamente solucionados. A falta de preparo técnico é decorrente da própria organização do Poder Judiciário, cuja divisão por competência material ainda não chegou ao ponto de alcançar um ramo específico para telecomunicações. A importância de respostas rápidas aos problemas decorre de uma questão sociológica: o tempo do sistema da economia é muito mais rápido que o do sistema do direito³ e a regulação é uma intervenção do direito na economia, necessitando muitas vezes acompanhá-la em sua velocidade para que seja eficaz.

Vários países do mundo que adotaram a liberalização do mercado de serviços de telecomunicações e implantaram órgãos reguladores autônomos decidiram por lhe atribuir também essa competência de resolver eventuais disputas entre operadoras de telecomunicações. No entanto, cada país seguiu uma linha própria para a implementação desse papel. O que há de comum entre todas essas formas parece ser a busca de uma proteção efetiva da concorrência.

Alguns países procuraram trazer a resolução de disputas (RD)⁴ para o âmbito dos órgãos reguladores ampliando as hipóteses de sua atuação. Outros o fizeram restringindo ao máximo esses casos. Certos países adotaram formas de resolução de disputas tradicionalmente bem assentadas e tecnicamente ricas. Alguns outros países articularam essa competência do órgão regulador por meio de meros processos administrativos de decisão.

Quão vasta é a experiência na resolução de disputas em órgãos reguladores de diferentes países? Como se apresentam, quais as opções e qual o procedimento para essa resolução de disputas por autoridades reguladoras estrangeiras? Que concepções sobre o que é um órgão regulador e sobre o próprio Estado subjazem cada método? Este artigo busca ampliar a visão que se possui das opções que um órgão regulador tem para resolver as disputas entre operadoras de telecomunicações. Adota-se como marco uma observação de como cada país lida com a relação entre o órgão regulador de um lado e a mediação e a arbitragem de outro. Para isso, podem-se pinçar três países com tradições bem distintas nesse campo: Japão, Inglaterra e Estados Unidos. A partir do estudo de cada um desses modelos, propõe-se uma comparação e uma

³ Lê-se em Luhmann: “Gracias a la diferenciación funcional, los sistemas quedan puestos en libertad para que autodeterminen sus condiciones y sus estructuras. Esto quiere decir que se construyen tiempos específicamente propios de los sistemas. (...) Estas diferencias se hacen notar, sobre todo, ahí donde la comunicación está expresada en forma de organizaciones. Pero aun las organizaciones, a veces, se ven rebasadas por las sucesiones temporales drásticas: la rapidez con la que la economía reacciona a los cambios de los precios con cambio de precios, contrasta de manera muy especial con la lentitud con la que la ciencia presenta los resultados de las investigaciones deseadas – ámbito éste en el que predomina más bien la orientación a largo plazo y a la sorpresa; es decir: a lo posterior”. E, complementando: “Para ganar tiempo (y con el tiempo, futuro, y con éste, incertidumbre), el sistema jurídico instituye procesos. El sistema opera en forma del encadenamiento de acontecimientos individuales, constituyendo así un tiempo propio que se puede sincronizar más o menos con los tiempos del entorno”. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México, 1999. Manuscrito, pp. 305 e 151).

⁴ O termo *resolução de disputas* (RD) é usado em substituição a *resolução alternativa de disputas* (RAD), porém com o mesmo significado. São as formas existentes de se resolver disputas fora do Poder Judiciário. Essa mudança terminológica é uma diretriz do GT Arbitragem, que considera a busca ao Poder Judiciário, sim, uma forma *alternativa* de resolução das disputas.

reflexão sobre as alternativas que a ANATEL possui para aprimorar o cumprimento desse dever.

2. OS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

Para os objetivos deste artigo, foram selecionadas duas formas de RDs, consideradas as que possuem uma técnica e uma tradição mais sólidas, sendo, assim, também largamente utilizadas no mundo: a arbitragem e a mediação. São métodos de natureza distinta, na medida em que, como se verá, o primeiro é heterocompositivo e o segundo, autocompositivo. Todavia, ambos têm em comum a idéia de aproximar mais as partes do resultado, conferindo-lhe maior legitimidade, e de se abrirem alternativas de decisão além dos jogos de soma zero⁵ proporcionados pelo processo judicial.

2.1. ARBITRAGEM

A arbitragem é o método de resolução de disputas mais conhecido e utilizado, exceto o processo judicial. A arbitragem no Brasil é regida pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. É um instituto eminentemente de direito privado que visa à resolução de “(...) litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁶, em que as partes submetem-se à decisão de um terceiro, chamado árbitro, ou de terceiros, assim chamados em conjunto de tribunal arbitral ou turma (ou painel) de árbitros.

Para que ocorra a arbitragem em um determinado conflito, as partes têm de possuir plena autonomia de vontade, isto é, capacidade para contratar. A escolha da arbitragem como meio de solução de controvérsias é, em regra, facultativa e o compromisso arbitral tem o condão de afastar a jurisdição estatal, não cabendo ao Poder Judiciário qualquer recurso revisional de mérito.⁷ Na estipulação de contratos, as partes podem incluir cláusula compromissória, que também tem esse poder, prevendo que as disputas oriundas das relações estabelecidas contratualmente devam ser dirimidas por meio de arbitragem.

O princípio da autonomia da vontade, de fato, permeia toda a concepção da arbitragem. Dessa forma, a Lei da Arbitragem brasileira é mínima ao regulamentar o procedimento arbitral, estabelecendo apenas os seus requisitos básicos, como os itens obrigatórios da sentença arbitral (também chamada de laudo arbitral), o respeito aos

⁵ Esse é um termo próprio da teoria dos jogos, que é aplicada ao estudo das diferentes formas de resolução de disputas. “Jogos de soma zero são aqueles em que há dois jogadores cujos interesses são totalmente opostos. Estes jogos são aqueles nos quais o ganho de um jogador significa sempre a derrota do outro”. [NASAR, Sylvia. *Apud* ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p. 175].

⁶ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Art. 1º.

⁷ “A sentença proferida não fica sujeita a qualquer recurso. Nada impede, porém, que as partes estabeleçam que a sentença arbitral possa ser submetida a reexame por outro órgão arbitral ou por outros árbitros, ou ainda que, na hipótese de não ser a decisão unânime, possa o vencido interpor recurso semelhante aos embargos infringentes previstos no Código de Processo Civil (...). Importa ressaltar, porém, que tais recursos são sempre internos, nunca dirigidos a órgãos da justiça estatal”. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p. 44).

princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, hipóteses de nulidade da sentença arbitral etc. A competência para se construir o procedimento é das próprias partes.⁸ Elas também têm a opção de, concordando, vincularem-se ao procedimento pré-estabelecido de uma instituição. Chama-se isso de arbitragem institucional.

Apesar de a submissão a um tribunal arbitral ser geralmente fruto da vontade das partes – ambas devem entrar em acordo quanto a isso –, o uso da arbitragem é, às vezes, determinado por política regulatória ou simplesmente pela lei. É o que ocorre no ambiente de regulação das telecomunicações em vários países do mundo. Assim, tanto as autoridades regulatórias podem ingressar em um procedimento arbitral como parte, como podem ser árbitras de disputas relacionadas à sua competência.⁹

Vários motivos concorrem para a escolha da arbitragem como método de resolução de disputas. A arbitragem é um meio dotado de maior privacidade do que o processo judicial, que é de natureza pública. Em questões envolvendo atividade empresarial, isso é muito importante, pois dificilmente uma das partes exporá todos os pontos negociais necessários à resolução da disputa em um processo aberto à vista de seus concorrentes.

As partes têm autonomia para escolher o(s) árbitro(s). Essa capacidade dá-lhes uma maior crença na imparcialidade do árbitro para decidir a questão, legitimando mais, dessa forma, o resultado. Esse poder de escolha do(s) árbitro(s), por sua vez, fornece às partes o poder e a benesse de se escolherem pessoas especialistas nas questões ou nos temas envolvidos na disputa.¹⁰

A flexibilidade do procedimento é outro fator que atrai as partes a se utilizarem da arbitragem. Respeitados os requisitos legais ou institucionais obrigatórios, o procedimento é totalmente flexível, podendo-se convencionar desde o número de reuniões a serem realizadas até restringir a autonomia decisória do(s) árbitro(s)¹¹ e decidir se será possível recurso após a decisão.¹² Outrossim, o tempo que se leva para alcançar uma decisão no procedimento arbitral é consideravelmente menor em relação ao tempo que se leva para conseguir uma decisão definitiva no processo judicial.

Por fim, ressalta-se mais um aspecto em prol da arbitragem: a continuidade do bom relacionamento entre as partes disputantes. Por meio da arbitragem, a probabilidade de elas manterem uma relação amigável entre si após o processo é maior do que no Judiciário, que tem um processo orientado para o total confronto entre os pólos processuais. Essa vantagem é um bem muito valorizado em setores como o de telecomunicações, que funciona com base em uma forte interdependência entre os agentes econômicos.

⁸ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Art. 21.

⁹ BRUCE, Robert R. [et alii]. **Dispute Resolution in the Telecommunications Sector: Current Practices and Future Directions**. Genebra: União Internacional de Telecomunicações/Banco Mundial, 2003. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.itu.int/ITU-D/reg/Events/Seminars/2003/GSR/Documents/DRS_Final_GSR_5.pdf (Consultado em 30.06.2006), p. 23.

¹⁰ Várias grandes instituições de arbitragem possuem árbitros especializados em matérias diferentes, exatamente para propiciar uma decisão de maior qualidade e uma maior satisfação das partes com o resultado. É o caso, p. ex., da *World Intellectual Property Organization (WIPO) Arbitration and Mediation Center*, da *American Arbitration Association* e da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo.

¹¹ Tem-se, como exemplo dessa restrição à liberdade decisória do árbitro, o método da arbitragem delimitada (*bracketed arbitration*), em que se impõem limites negociados pelas partes.

¹² Apesar da possibilidade de se convencionar a possibilidade de recursos, Carmona sustenta que isso é deveras incomum.

2.2. MEDIAÇÃO

A mediação, no Brasil, não possui qualquer regulamentação legal.¹³ Trata-se de uma forma de resolução de disputas em que as próprias partes chegam a um resultado consensual. Distingue-se da pura negociação pelo fato de ter a presença de um terceiro imparcial (mediador). A função do mediador pode variar conforme a técnica utilizada por ele, mas, basicamente, consiste em facilitar a comunicação entre as partes, identificando os interesses subjacentes ao discurso de cada uma delas. O mediador ajuda as partes a enxergarem além da superfície conflituosa e alcançarem acordos mutuamente recompensáveis. Como são as partes que definem a decisão, a importância de sua autonomia na escolha do mediador¹⁴ e na decisão em participar do procedimento é ainda maior que na arbitragem.¹⁵

Durante o processo de mediação, o mediador deve sempre se atentar para evitar que uma parte imponha-se à outra por meio de forças externas ao processo de mediação, como a autoridade, a força física, a intimidação etc. O processo de mediação é ainda mais flexível do que o processo de arbitragem, todavia ainda possuindo uma base mínima a ser seguida.¹⁶ Essa maior maleabilidade do processo dá-se, em boa parte, porque não há uma necessidade procedimental de se chegar a uma decisão. Se as partes entrarem em consenso, decidem; se não, inexistente imposição de um resultado pelo mediador ou por outro terceiro.

A postura do mediador na intervenção entre as partes pode revelar aspectos técnicos que oscilam de uma prática avaliadora para uma prática facilitadora, podendo, ainda, trazer em si uma carga transformadora. Na mediação facilitadora (ou não-avaliadora ou não-diretiva), o mediador não emite qualquer opinião sobre as questões em disputa, preocupando-se apenas em filtrar a comunicação entre as partes de sorte a aproximar seus interesses e, assim, contribuindo a que elas convirjam a um resultado considerado justo por ambas. Na mediação avaliadora (ou diretiva), o mediador, além de facilitar a comunicação entre as partes, também opina sobre questões de fato e de direito, mas não decide.¹⁷

O procedimento da mediação também pode fundamentar-se em uma técnica transformadora. Essa técnica busca utilizar como propulsores da resolução do conflito o empoderamento, que é um ganho de clareza sobre a visão do problema e uma maior

¹³ Há, em trâmite no Congresso Nacional, projeto de lei que visa a regulamentar a atividade de mediação paraprocessual no País (P.L. nº 4.827/1998). Apesar de não haver lei regulando a mediação no Brasil, destacam-se projetos-piloto na aplicação da mediação, tanto no campo cível quanto no criminal, encampados pelo TJDFT e pelo TJBA.

¹⁴ Assim como na arbitragem, na mediação se permite a condução do processo por vários co-mediadores.

¹⁵ A legitimidade do resultado, em consequência, também é maior do que na arbitragem.

¹⁶ Essa base mínima é maior ou menor conforme o tipo de técnica de mediação mais enfatizada pelo mediador.

¹⁷ “Em teoria, pelo fato de ser a opinião de um terceiro desinteressado, a parte em disputa geralmente tende a aceitá-la com mais facilidade do que se fosse dada pelo adversário. O mediador avaliador informa sobre os possíveis resultados da disputa, se levada ao Judiciário”. [GT ARBITRAGEM. *Glossário: métodos de resolução de disputas – RDs*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 314]. Para um estudo mais completo sobre a distinção entre as práticas avaliadora e facilitadora, cf. RISKIN, Leonard L. *Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes*. Tradução de Henrique Araújo Costa. In: AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, pp. 63-111.

capacidade de decidir autonomamente, e o reconhecimento mútuo, que se refere ao fato de uma parte também reconhecer como legítima a visão da outra sobre o conflito.¹⁸ Esse tipo de técnica é bastante eficaz em mediações interpessoais, não sendo aplicada intensamente a mediações comerciais ou empresariais, como as que são mais comuns no setor de regulação em telecomunicações.

O início da sessão de mediação dá-se com uma fala do mediador, que se apresenta e explica como o procedimento é realizado, buscando defini-lo junto com as partes. A mediação ocorre, em sua maior parte, em sessões conjuntas das partes com o mediador. Apesar da informalidade característica dessa forma de RD, recomenda-se que uma parte não interrompa a outra enquanto esta estiver expondo seus pontos. A confidencialidade do processo é uma característica fundamental da mediação, podendo haver sessões privadas entre uma parte e o mediador, para garantir um maior conforto na discussão de determinadas questões e na exposição de certos fatos e pontos de vista.

Como se percebe, além do preparo técnico para lidar com as questões específicas envolvidas¹⁹, o mediador precisa ter uma boa formação em teoria da negociação, que lhe permitirá identificar os interesses de cada parte e, com base nisso e na utilização de uma linguagem neutra, aproximá-las uma da outra.

3. EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS DE MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS CONDUZIDOS PELO ÓRGÃO REGULADOR

3.1. JAPÃO

O Japão tem como marco regulatório do setor de telecomunicações a Lei Comercial de Telecomunicações (*Telecommunications Business Law*), que foi promulgada em 25 de dezembro de 1984, mas já foi emendada várias vezes desde então. Em 2001, recebeu uma emenda responsável pela criação da Comissão de Resolução de Disputas Comerciais em Telecomunicações (*Telecommunications Business Dispute Settlement Commission* ou *denkitsûshin jigyô funsô shori iinkai*), entidade que integra o Ministério das Comunicações do país.²⁰

Tal Comissão é composta por 5 membros, indicados pelo Ministro das Comunicações e aprovados pelo Parlamento. Os próprios membros da Comissão são responsáveis pela eleição de seu presidente. O mandato é de três anos, sendo possível a recondução.²¹ A Comissão tem sob sua competência a mediação (*assen*) e a arbitragem (*chûsai*) de disputas concernentes à interconexão em telecomunicações.²² Ela não é um órgão independente, na medida em que se situa no âmbito do Ministério,

¹⁸ Sobre a mediação transformadora, cf. OLIVEIRA, Artur Coimbra de. *Para a verificação da eficácia de uma mediação transformadora*. In: AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2006. No prelo.

¹⁹ Isso é ainda mais saliente no setor de telecomunicações.

²⁰ Cumpre observar que a regulação do setor de telecomunicações no Japão é titularidade do Ministério das Comunicações.

²¹ O Ministro tem autonomia para, justificadamente, exonerar membros da Comissão. No entanto, o ato, para ser válido, precisa da aprovação do Parlamento.

²² Como se verá mais à frente, há outros casos além da interconexão que também são resolvidos pela arbitragem ou pela mediação da Comissão.

e todas as petições solicitando a atuação da Comissão como mediadora ou árbitra devem ser dirigidas ao Ministro.²³

No caso em que uma prestadora solicita um acordo de interconexão para outra prestadora e esta nega, ou quando a negociação entre as prestadoras falha, ou, ainda, quando as partes não conseguem chegar a um acordo sobre os termos do contrato, uma das partes em disputa pode recorrer à Comissão para mediar a disputa.²⁴

Conduzir a mediação é competência privativa da Comissão (seus membros ou outros funcionários listados previamente), não se abrindo a possibilidade para as partes indicarem um mediador privado. A mediação pode ser conduzida por mais de um mediador. Permite-se à Comissão declinar de mediar a disputa se ela não considerar a mediação como um meio adequado de resolução ao caso específico, se o confronto entre as partes é grande a ponto de impedir a formação de um compromisso entre elas ou se ela verificar que a mediação é procurada por motivos escusos. Nesse caso, serão informadas ao solicitante as razões da negativa.

Os procedimentos aplicáveis à mediação são detalhados por normas editadas pela própria Comissão. O pedido de mediação deve ser feito por escrito, em que a parte solicitante indica as questões a serem mediadas pela Comissão. Em seguida, notifica-se a parte requerida para responder as questões trazidas pela requerente.

A mediação é conduzida a portas fechadas, podendo o mediador admitir a presença de outros no processo se for estritamente necessário ou apropriado. Todo material produzido no curso da mediação não fica à disposição do público. Isto só ocorrerá se as partes concordarem ou se a Comissão julgar apropriado divulgar determinado material, na medida em que isso não interfira negativamente no controle da Comissão sobre o processo, na resolução da disputa nem no funcionamento empresarial das partes.

A arbitragem pode ser requisitada à Comissão pelos mesmos motivos que se aplicam à mediação. No entanto, para que se proceda à arbitragem, é necessário que ambas as partes concordem e formalmente a requeiram.²⁵ A arbitragem é conduzida por três funcionários da Comissão, nomeados por ela própria após serem indicados pelas partes de comum acordo.

Assim como ocorre na mediação, a arbitragem tem seus procedimentos detalhados pela Comissão. O padrão de pedido de arbitragem deve ser o mesmo para a mediação, indicando-se as questões que não foram objeto de acordo entre as partes e que, assim, devem ser julgadas pelos árbitros. Feito o pedido por uma das partes, a parte solicitada tem prazo para responder as questões levantadas pela requerente.²⁶

O procedimento de nomeação dos árbitros inicia-se com o envio pela Comissão de uma lista de funcionários pré-determinada. A partir do requerimento de

²³ Não necessariamente as petições devem ser entregues no órgão regulador central, mas admite-se a entrega a agências de competência local – equivalentes aos postos avançados que a ANATEL possui nos estados brasileiros.

²⁴ De acordo com o artigo 35 da *Telecommunications Business Law*, é possível também que a parte cujo pedido de interconexão foi negado ou que não conseguiu chegar a um acordo de interconexão com a outra solicite ao Ministro para que interceda e decida sobre a obrigatoriedade de interconexão bem como o estabelecimento das respectivas tarifas. Essas disposições são as vias originais de resolução de disputas, presentes na *Telecommunications Business Law* antes da criação da Comissão em comento. Se alguma das partes já iniciou o procedimento por essa via ou por meio da arbitragem, ela não tem capacidade para solicitar a mediação pela Comissão. Esta, por outro lado, também pode vir a ter uma atuação nos procedimentos iniciados sob o art. 35. No entanto, essa atuação limitar-se-á a uma consulta, solicitada pelo Ministro, sobre a disputa.

²⁵ Assim como na mediação, se já está pendente o conflito pelo procedimento do art. 35, não poderá haver arbitragem.

²⁶ Se a parte requerida não concordar com a arbitragem, deve informar isso em sua resposta.

arbitragem feito pelas partes, se a Comissão inferir de algum fato envolvido na disputa que há dúvida quanto à honestidade ou à imparcialidade de algum dos funcionários listados, retirá-lo-á da lista antes de enviá-la às partes. Recebida a lista, cada parte terá 2 semanas para indicar os nomes das pessoas que aceita como árbitros. Deve haver um consenso entre elas na escolha desses nomes; se houver consenso entre mais de três nomes, toda a indicação será considerada inválida. Se as partes não procederem a essa escolha (ou fizerem-na fora do prazo), a própria Comissão apontará os três árbitros.²⁷ O árbitro-presidente é escolhido pela Comissão e é responsável por determinar questões procedimentais e por conduzir o exame das questões arbitradas.

Se uma das partes considerar que a turma de árbitros não possui competência para julgamento de uma questão específica, deve mencioná-lo imediatamente após o surgimento da questão. Admite-se à turma de arbitragem determinar que uma das partes adote medida cautelar ou provisória se a questão em disputa merecer uma medida nesse sentido.

Haverá audiências no processo de arbitragem, de ofício ou a requerimento das partes, em que estas terão oportunidade de expor plenamente seus argumentos, além de entregá-los por escrito. Se alguma das partes ausentar-se a uma audiência, esta não será invalidada. É permitido às partes complementar suas declarações ao longo da arbitragem.²⁸

O painel de árbitros deve expor as provas e as evidências que sustentam sua decisão, sendo defeso a qualquer das partes divulgar conhecimentos obtidos da outra parte por meio dessa exposição. Se uma das partes recusa-se a entregar ou não providencia injustificadamente os documentos ou os objetos requisitados pelos árbitros, a alegação da outra parte sobre eles é considerada verdadeira.

O tribunal arbitral pode ainda solicitar o parecer de um especialista sobre determinada questão. Nesse caso, as partes poderão enviar documentos, informações ou outras questões para buscarem a análise do especialista. Feita a análise por escrito, poder-se-á tê-lo – o especialista – em audiência para responder a perguntas das partes ou para que cada uma conduza um especialista próprio para exposição de sua análise individual.

Antes de proferir a sentença arbitral, o painel de árbitros pode tentar alcançar, entre as partes, uma solução amigável. Caso se a alcance em parte das questões discutidas ou em sua totalidade, os árbitros podem, a requerimento das partes, considerar esse consenso como trecho integrante da decisão, dando-lhe os respectivos efeitos.

A turma de árbitros termina o processo sem emitir julgamento quando não tiver competência para decidir as questões envolvidas, quando a parte requerente não prossegue participando dos procedimentos ou desiste de continuar, quando ambas as partes concordarem em cancelar o procedimento, quando se obtém uma conciliação entre elas ou quando, a juízo do próprio painel arbitral, a continuação dos procedimentos tornar-se desnecessária ou impossível.

Concluídos todos os procedimentos de exposição pelas partes e de recolhimento de informações necessárias para a decisão, a turma arbitral deve proferir

²⁷ Permite-se à(s) parte(s) recorrer à Comissão se considerar(em) a escolha de um dos nomes inapropriada, solicitando o afastamento do árbitro e dando razões para isso.

²⁸ Assim como ocorre na mediação, o processo de arbitragem é confidencial, não ficando exposto à consulta pública. Só se admite nas mesmas hipóteses em que se promove a publicidade das informações na mediação. A Comissão só publica, em princípio, a data do pedido de arbitragem e a data do término do processo.

o laudo. Além da qualificação das partes, a sentença arbitral deve conter a decisão propriamente dita, incluindo os fatos considerados e os fundamentos, além da data e do local de decisão. Não há qualquer procedimento recursal em relação à decisão arbitral.

Depois de proferido o laudo arbitral, em um prazo de 30 dias, o painel de árbitros pode proferir correção, interpretação ou decisão adicional a requerimento de uma das partes. A decisão adicional deve ser sobre matéria já discutida ao longo dos procedimentos, porém omitida no laudo.

Esses procedimentos de arbitragem e de mediação também se aplicam, por disposição expressa da *Telecommunications Business Law* e de normas da Comissão, a disputas referentes a compartilhamento de infra-estrutura (desde elementos de rede até utilização de terrenos e edifícios), a venda de serviços entre prestadoras a preço de atacado, bem como a quaisquer disputas concernentes à formação de acordos necessários para a boa prestação de serviços entre operadoras.

3.2. INGLATERRA

Quando se analisam as formas de resolução de disputas na Comunidade Européia, observa-se uma realidade peculiar. Em grandes disputas que ocorrem no continente, é mais comum utilizar-se a arbitragem do que o próprio Poder Judiciário. Isso ocorre porque as grandes disputas européias – não só no setor de telecomunicações, mas no de energia elétrica, de transportes e nos setores comerciais em geral – frequentemente envolvem mais de um país, visto que a maioria das grandes empresas é transnacional.

Confere-se, assim, um grande prestígio a esses métodos de resolução de disputas, na medida em que eles propiciam uma neutralidade de foro. Não se confere a decisão ao Poder Judiciário ou ao órgão regulador de um país específico, mas escolhem-se árbitros a partir do comum acordo das partes ou, ainda, apontam-se instituições de âmbito internacional que prestam o serviço de arbitragem em disputas comerciais.²⁹ Isso é importante principalmente quando a disputa concerne a duas ou mais empresas com sede em diferentes países.³⁰ Na resolução de disputas em telecomunicações pelas autoridades reguladoras, essa tradição não é desprezada, como se verá.

Na Europa, há normas de âmbito continental promulgadas pelos respectivos DGs da União Européia (*Europe Union Framework Directives*). O setor de redes e serviços de comunicação eletrônica é regido pela Diretiva 2002/21/EC, de 7 de março de 2002. Essa norma aborda, em seus artigos 20 e 21, a posição dos órgãos reguladores na resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações em países regidos pela Diretiva.

Segundo esse instrumento normativo, a autoridade regulatória nacional deve decidir de forma vinculativa para as partes, no prazo máximo de 4 meses, quando uma delas requer solução a uma disputa referente a qualquer norma ou diretiva do setor –

²⁹ Têm-se, como exemplos dessas instituições, a Organização Mundial do Comércio, o Centro Internacional para Resolução de Disputas em Investimento (*International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID*), que é parte do Banco Mundial, e instituições privadas como a *World Intellectual Property Organization (WIPO) Arbitration and Mediation Center*, a *American Arbitration Association (AAA)*, a *London Court of International Arbitration*, a *International Chamber of Commerce (ICC)*, entre outras.

³⁰ Pelas Convenções de Bruxelas e de Lugano sobre a Competência e o Julgamento de Questões Cíveis e Comerciais, uma parte pode ser processada apenas no Estado-Membro em que é domiciliada.

inclusive a própria Diretiva 2002/21/EC. No entanto, é dever dos Estados-Membros garantir a capacidade de as autoridades regulatórias declinarem de resolver a disputa quando outros mecanismos – inclusive a mediação – existirem e contribuírem de maneira mais efetiva para a resolução da disputa em um prazo aceitável. Assim, sendo cabíveis a arbitragem ou a mediação no caso, a autoridade regulatória informa às partes que não solucionará a disputa. Se esses mecanismos de resolução de disputa não trouxerem resultado em 4 meses, a autoridade regulatória deve se comprometer a decidir a questão.

Existe a possibilidade de uma disputa surgir entre duas empresas domiciliadas em países distintos. Nesse caso, pode-se requerer a decisão a qualquer das autoridades regulatórias nacionais envolvidas. Elas, entretanto, trabalharão em conjunto para se alcançar uma decisão ao caso. Nesse tipo de conflito, também se aplica a possibilidade de as autoridades regulatórias declinarem se existirem outros métodos de resolução de disputa. Se este for o caso, só decidirão depois de não se ter alcançado resultado com esses métodos após 4 meses.

A decisão do(s) órgão(s) regulador(es) é pública, respeitando-se, todavia, o requerimento da(s) parte(s) pela confidencialidade de aspectos negociais da(s) empresa(s). Essa decisão não faz o acesso das partes ao Poder Judiciário precluir, podendo elas ir à busca de uma revisão judicial do mérito analisado.³¹

Nas suas decisões, as autoridades regulatórias nacionais devem observar alguns princípios. São esses: garantir que os usuários beneficiem-se ao máximo em relação ao poder de escolha, ao preço e à qualidade, garantir que não haja distorções ou restrições no mercado, encorajar investimentos em infra-estrutura e promover inovações, ensejar o uso eficiente de radiofrequências e de recursos de numeração, remover barreiras ao compartilhamento de infra-estrutura e à prestação de serviços, encorajar a existência de redes, serviços e conectividade transnacionais, garantir que todos os usuários tenham acesso a um serviço universal, proteger os consumidores nas negociações com as operadoras, criando inclusive mecanismos próprios de resolução de disputas consumidor-operadora, ensejar a proteção de dados pessoais e da privacidade, promover a transparência das tarifas e das condições de uso de serviços de telecomunicação de interesse coletivo, suprir as demandas das minorias por acessibilidade e garantir a integridade e a segurança das redes públicas de telecomunicação.

Diante dessa diretiva européia, a Inglaterra promulgou o *Communications Act* de 2003, criando o *Office of Communications (Ofcom)*³², órgão regulador do setor de telecomunicações, que trouxe novas atribuições à atividade regulatória. Entre tais atribuições, está a competência de resolver disputas entre operadoras de telecomunicações. O *Communications Act* é um documento extenso e trata pormenorizadamente desse papel do *Ofcom*.

Primeiramente, para que se tenha a resolução de uma disputa pelo *Ofcom* basta que uma das partes solicite. Na linha da diretiva da União Européia, a disputa só será resolvida pelo órgão regulador se não houver meios alternativos para resolver a disputa, caso esses meios alternativos sejam cabíveis ao tipo de disputa. Seja qual for o posicionamento do órgão, as partes são notificadas. No caso de o *Ofcom* declinar e, depois de iniciado o procedimento alternativo de resolução de disputa, não se alcançar uma conclusão em 4 meses, uma das partes tem o direito de solicitar que o órgão

³¹ Para uma discussão mais aprofundada dessa questão, cf. artigo do Prof. Fábio Bassan intitulado “Dispute resolution in telecommunications: fast track or double track”, em seguida.

³² O *Office of Communications (Ofcom)* herdou as competências do antigo *Office of Telecommunications (OfTel)* e da extinta *Radiocommunications Agency*.

resolva a disputa e este é obrigado a fazê-lo. Neste caso, o processo anterior será continuado.³³

No procedimento de resolução de disputa, o *Ofcom* tem o poder de: declarar os direitos e as obrigações das partes em disputa; firmar uma direção para as partes, fixando os termos e as condições das transações entre elas e obrigando-as a entrar em processo de negociação com base nessas condições; determinar que uma das partes cumpra o pagamento para com a outra; e/ou modificar ou revogar condições gerais, de universalização, condições de acessibilidade etc.

O órgão regulador tem o poder de requerer das partes todas as informações necessárias a resolver se é apropriado que o *Ofcom* decida no caso ou se deve consultar outros estados-membros, e ainda pode exigir todas as informações que sejam importantes para a análise da disputa e para a decisão. O órgão tem o poder de realizar essas solicitações não só às partes, mas a terceiros que possuam informações relevantes nesse sentido.

Não há cobrança de pagamento por essa prestação de serviço do *Ofcom*, a não ser que a parte que solicitou a decisão do órgão tenha o feito em condições abusivas, vexatórias ou frívolas. A decisão deve ser entregue pelo órgão em até 4 meses. Uma cópia da decisão, com seus fundamentos, é enviada para cada uma das partes. Os trechos da decisão que o órgão considerar apropriados para ir a público serão publicados.

Da decisão do *Ofcom* cabe apelação apenas para o Tribunal, em procedimento judicial próprio. Deve-se notificar o órgão regulador da apelação citando a decisão apelada e os fundamentos da apelação. Tais fundamentos devem permitir identificar se o que levou a parte a apelar foi um erro de fato ou de direito – ou ambos – e se a parte apela do exercício da discricionariedade pelo *Ofcom*.

Ao lidar com a apelação, o Tribunal deve, de acordo com normas editadas por si próprio, remeter as questões que envolvem controle de preço à entidade reguladora da concorrência. A decisão do Tribunal também pode, por sua vez, ser recorrida, mas tal recurso passa por um juízo de admissibilidade e deve se restringir a questões de legalidade e não de fatos. Portanto, como se vê, o *Ofcom*, nos procedimentos de resolução de disputas, atua, de uma forma bastante singular, no papel análogo ao de uma primeira instância judiciária.

3.3. ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, o *Telecommunications Act*, após a reforma de 1996, trata, em sua Seção 252, da resolução de disputas entre empresas prestadoras de serviços de telecomunicações que tanjam a Seção 251. A Seção 251, por sua vez, trata da interconexão de redes. No entanto, o legislador deixa claro que as disputas não necessariamente versarão restritivamente sobre a interconexão em si, podendo abarcar, além das obrigações padrões previstas nas subseções (b) e (c) da Seção 251³⁴, serviços e elementos de rede negociados entre as empresas.

³³ Também serão consideradas as decisões já tomadas no procedimento alternativo iniciado e não terminado, devendo elas ser ratificadas.

³⁴ Tais obrigações impostas às empresas são, em resumo, não impor limitações abusivas à revenda dos seus serviços, possibilitar portabilidade numérica nos termos exigidos pela Agência, garantir a paridade de discagem (ou seja, o acesso mútuo a números de telefone, serviços operacionais, catálogo de assinantes etc.), compartilhar a infra-estrutura física de telecomunicações (postes, dutos etc.), firmar acordos de compensação mútua entre os usos recíprocos de rede, possuir boa-fé nas negociações, prover o *unbundling*, publicar informações sobre eventuais mudanças nos acessos

Ao receber o pedido de interconexão, de prestação de serviço ou de elementos de rede por outra empresa, é dever da *incumbent* abrir-se às negociações. No curso dessa negociação, qualquer das partes tem direito a solicitar o ingresso da Agência estadual como mediadora de conflitos que surjam.³⁵

No entanto, se nem a negociação nem a mediação produzirem resultados, qualquer das partes em negociação pode solicitar à Agência estadual, entre o 135º e o 160º dia após o pedido de negociação inicial, que atue como árbitra de questões irresolvidas. Assim, a parte que solicitar a arbitragem pela Agência tem o dever de, na petição, indicar as questões não resolvidas, a posição de cada uma das partes em relação a essas questões e os pontos já acordados (se houver).³⁶ A outra parte – a que não peticionou – tem o direito de responder as informações entregues pela requerente até 25 dias depois de a Agência receber o pedido inicial de arbitragem.

Recebida a petição e a resposta pela Agência, ela tem o dever de, ao tratar as questões, ater-se ao que foi apontado nesses documentos.³⁷ As partes têm o dever de atender os eventuais pedidos de esclarecimento que a Agência julgar necessários para a melhor compreensão da questão.³⁸ A Agência, por sua vez, tem o dever de concluir a resolução das questões em até 9 meses contados a partir da data do pedido de negociação feito pela empresa solicitante à *incumbent*.³⁹

Ao resolver as questões, a Agência deve, além de estabelecer o valor das tarifas de interconexão, de serviços ou de elementos de rede, determinar o prazo para implementação dessa decisão. O estabelecimento dessas tarifas é feito com base nos custos, no princípio da não discriminação do acesso às redes e em um lucro razoável para a empresa proprietária da rede.

Para cumprir a determinação legal de que haja compensação financeira mútua entre o tráfego das duas redes ao utilizarem-se uma da outra, a Agência deve observar se as condições contratuais tratam desse acesso recíproco de redes e se os valores decorrentes desse acesso aproximam-se dos custos adicionais necessários para que se termine a chamada na outra rede. A Agência, por outro lado, tem o impedimento de determinar privativamente o valor desses custos adicionais e de desconsiderar acordos que já existam e tenham como base obrigações recíprocas – e não necessariamente valores financeiros.

É importante ressaltar que a Agência terá controle sobre qualquer contrato de interconexão mesmo quando as partes chegarem a todos os seus termos por meio de negociação, mediação ou de arbitragem (seja privada, seja feita pela própria Agência).

à rede e providenciar as instalações que se fizerem necessárias para a interconexão ou para o acesso a elementos de rede.

³⁵ Eventualmente, a *Federal Communications Commission (FCC)*, órgão responsável pela regulação do setor de telecomunicações em âmbito federal, por meio da *Market Disputes Resolution Division*, também faz uso da mediação para evitar a propositura de uma reclamação formal (prevista na Seção 208 do *Telecommunications Act*) contra uma empresa operadora de telecomunicações. A Seção 208 trata da possibilidade de se propor reclamação contra ação ou omissão de empresa de telecomunicações que se tenha feito contrária ao disposto no *Telecommunications Act*.

³⁶ A parte que solicitar a arbitragem também tem o dever de enviar cópias dos documentos entregues à Agência à outra parte até o dia dessa entrega.

³⁷ Isso nada mais é que a aplicação do princípio dispositivo.

³⁸ Presume-se a má-fé de qualquer empresa que não colabore com a atuação da Agência como árbitra ou mediadora.

³⁹ É também dever da Agência, ao resolver qualquer disputa, garantir de ofício o cumprimento dos deveres expostos na nota 34 *supra*. Se ficar provado que a Agência estadual falhou ao arbitrar uma disputa (Seção 252, (e), (5) – “*fails to act to carry out its responsibility*”), pode-se requerer à FCC que avoque suas competências para resolução daquela disputa específica.

Para serem válidos, os contratos de interconexão precisam ser homologados.⁴⁰ Serão rejeitados os termos ou os contratos que discriminem uma operadora de telecomunicações que não é parte do acordo, que não sejam coerentes com a conveniência, a necessidade ou o interesse públicos ou que não cumpram o determinado na Seção 251 e em sua regulamentação.⁴¹ É permitido às Agências estaduais criar outros requisitos para a homologação dos contratos de interconexão.⁴²

Um ponto interessante e que merece destaque é o limite imposto ao Poder Judiciário no que tange a esses contratos: “Nenhum tribunal do estado terá competência para rever a ação da Agência estadual em aprovar ou rejeitar um acordo sob esta Seção”.⁴³ Permite-se a revisão judicial por tribunais federais apenas em caso de descumprimento do disposto nas seções 251 e 252 do *Telecommunications Act*.

Todos os acordos homologados devem ser postos à livre consulta do público para serem vistos e copiados em até 10 dias. Exige-se da empresa que teve seu contrato homologado a disponibilidade da interconexão, do serviço ou do elemento de rede a outras empresas nos mesmos termos e condições.

Assim, concluídas as disposições pelo *Telecommunications Act*, abre-se às Agências estaduais a competência para uma regulamentação minudenciada. A partir daí, há muitas variações nas questões que são escolhidas para serem regulamentadas com maior profundidade. Devido à impossibilidade prática de se dar um panorama de todos os 51 estados americanos, foi escolhida a regulamentação de arbitragem e de mediação do estado da Dakota do Norte, que parece ter feito um trabalho mais detalhado sobre o tema.

Na Dakota do Norte, no regulamento de práticas e procedimentos do âmbito da Agência estadual (*public service commission*), há um capítulo dedicado à arbitragem (69-02-10) e outro à mediação (69-02-11). Ambos os procedimentos – a mediação e a arbitragem – referem-se às disposições já tratadas do *Telecommunications Act* (Seções 251 e 252).

O procedimento de mediação utilizado para a busca de um acordo em venda de serviços, interconexão ou elementos de rede não é competência privativa da Agência estadual e as partes podem, a seu próprio custo, buscar um mediador privado. Todavia, muitas vezes elas não chegam a um acordo sobre ir ou não a um mediador. Assim, permite-se que uma das partes solicite à Agência que atue como mediadora na negociação. A Agência, ao receber o requerimento, apontará um mediador em 10 dias.

Em princípio, são as partes que escolhem, de comum acordo, quem será o mediador.⁴⁴ Isso é importante para a legitimidade da mediação e para a confiança que as partes depositarão nele. A Agência, então, aprová-lo-á ou não. Se o mediador for desqualificado pela Agência ou as partes não conseguirem chegar a um acordo sobre

⁴⁰ As companhias operadoras do antigo sistema Bell têm um regime específico: devem apresentar à Agência estadual uma declaração contendo os valores normalmente cobrados das operadoras locais (dentro do estado) e os termos que garantem o cumprimento do disposto na Seção 251 e na sua regulamentação. Isso não lhes exime de se abrir à negociação quando uma outra empresa lhes solicitar interconexão, venda de serviços ou compartilhamento de elementos de rede.

⁴¹ A urgência e a importância da aprovação desses contratos para as empresas ensejou a criação da figura da homologação por omissão: se a Agência não se pronunciar em até 90 dias nos acordos negociados ou em até 30 dias nos acordos arbitrados, considera-se o contrato aprovado.

⁴² Também é permitido às Agências cobrar custas de valor moderado pelo procedimento de homologação.

⁴³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Telecommunications Act, Seção 252, (e), (4). Tradução livre do original.

⁴⁴ São as próprias partes que contratam diretamente os serviços do mediador privado. A Agência, no entanto, determina um ou mais funcionários para assessorar tecnicamente o mediador.

quem será o mediador, a Agência escolherá algum dos seus funcionários para atuar como mediador. Um fator a ser destacado é a previsão regulamentar do impedimento a que fica sujeito o funcionário que atuar como mediador: “O funcionário da Agência que serve de mediador não terá permissão de participar no procedimento de arbitragem ou de aprovação para o mesmo acordo, a menos que as partes consintam”.⁴⁵ Outro ponto importante é que o regulamento diz taxativamente que o mediador não possui autoridade para compelir uma decisão. Isso deve ser interpretado tanto no sentido de proferir a decisão, quanto no sentido de forçar um ponto de vista próprio.⁴⁶

O princípio da boa-fé nas negociações é concretizado pelo regulamento de mediação como “(...) disposição em encontrar-se em horários e lugares razoáveis com o objetivo e o propósito de fornecer e trocar informações necessárias para se obter uma negociação efetiva, cooperando com o processo de mediação, e negociar com uma atitude de abertura e visando ao estabelecimento de um acordo”.⁴⁷

Feito o requerimento de mediação à Agência, as partes têm 15 dias para entregar um documento contendo uma lista das questões em disputa e a sua visão em cada uma dessas questões. O primeiro encontro da mediação ocorre em 10 dias após o recebimento desses documentos e tem o objetivo de estabelecer um cronograma para o processo e de identificar, limitar e simplificar as questões em disputa. A partir daí, o mediador conduzirá todas as sessões e terá controle sobre os procedimentos, que são todos privativos, isto é, fechados ao público, em decorrência do princípio da confidencialidade. É permitido ao mediador conversar individualmente com cada parte (ou seu advogado) se considerar conveniente para possibilitar que os participantes fiquem mais próximos de um acordo. Não é permitida qualquer comunicação entre as partes sem a presença do mediador.

O mediador não tem competência para aconselhar jurídica ou legalmente as partes e as suas eventuais declarações a respeito de normas ou políticas não têm efeito vinculativo sobre a Agência. Ainda assim, permite-se ao mediador, além de facilitar a negociação entre as partes, propor alternativas para a resolução da disputa em qualquer momento do processo.

Há 4 fins possíveis para uma mediação feita sob o regulamento da Dakota do Norte: a afirmação de um acordo pelas partes, a notificação feita por uma das partes à Agência de que a mediação foi cancelada, a interrupção do processo por falta de boa-fé na negociação pela(s) parte(s) ou a notificação feita pelo mediador à Agência de que a respectiva mediação é desnecessária.

Se alguma das partes deseja terminar o processo de mediação sem alcançar um acordo, deve explicar à Agência os seus motivos. Se o mediador terminar a mediação antes de se alcançar um acordo, também deve justificar seus atos à Agência. É

⁴⁵ DAKOTA DO NORTE. Article 69-02: Practice and Procedure. Chapter 69-02-11: Mediation. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.legis.nd.gov/information/acdata/html/69-02.html> (Consultado em 18.04.2006). Tradução livre do original.

⁴⁶ Não se pretende, ao fazer essa proibição, o impedimento do uso da mediação avaliadora. Neste tipo de mediação, o mediador não força um resultado a ser aceito pelas partes, mas apenas opina quanto às questões de fato e de direito quando solicitado para fazê-lo. O regulamento deixa isso claro posteriormente.

⁴⁷ DAKOTA DO NORTE. Article 69-02: Practice and Procedure. Chapter 69-02-11: Mediation. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.legis.nd.gov/information/acdata/html/69-02.html> (Consultado em 18.04.2006). Tradução livre do original.

possível que, tendo a(s) parte(s) ou o mediador terminado a mediação sem um acordo, concluam o procedimento tentando resolver suas diferenças.⁴⁸

Na arbitragem, exige-se que a parte seja representada por seu advogado. O procedimento tem início formalmente com a entrega do pedido de arbitragem por uma das partes em disputa. Além de cumprir as exigências do *Telecommunications Act* na petição inicial, a parte requerente deve também expor uma narrativa de todo o processo de negociação e de mediação (se houve). Recomenda-se que as partes indiquem quais os fundamentos legais de sua posição e, em caso de disputas de preços, apresentem estudos de custos e propostas de tarifas.

Pelo fato de a arbitragem ser um procedimento com certo grau de flexibilidade, permite-se às partes requerer a imposição de determinadas condições – na medida em que forem justificadas –, fazer uma proposta de cronograma para implementação dos termos do acordo e remeter outras propostas de interconexão já feitas perante a Agência.

É responsabilidade das partes – e elas devem fazê-lo em até 15 dias após o requerimento de arbitragem estar completo – o fornecimento dos dados de pelo menos dois árbitros imparciais aceitos por todas as partes da negociação. Se as partes não conseguem concordar entre si, cada uma deve entregar separadamente os dados de pelo menos dois árbitros considerados aceitáveis. A partir dessa listagem, a Agência seleciona um árbitro considerado qualificado. Se as partes sequer indicarem árbitros, a própria Agência determinará a escolha de um árbitro qualificado, sendo este um membro do seu quadro administrativo.⁴⁹

Um fator importante regulamentado é a proibição de as partes travarem qualquer comunicação extraprocessual sobre o procedimento arbitral com o árbitro ou com algum seu assessor técnico, exceto para fins de agendamento de encontros. O árbitro e seus eventuais assessores técnicos são contratados diretamente pelas partes, que se fazem responsáveis por quaisquer honorários ou tarifas. É responsabilidade do árbitro marcar um encontro preliminar para discutir com as partes questões sobre o processo de arbitragem (estabelecer cronograma, identificar as questões a serem arbitradas etc.).⁵⁰ A Agência publicará uma nota sobre o encontro preliminar, identificando as questões em disputa, e todos os procedimentos da arbitragem são abertos a público.⁵¹

Não se admite a intervenção de terceiros no procedimento de arbitragem e, quando a Agência envolver-se no procedimento tanto no papel de interessada quanto no de assessora – para ajudar o esclarecimento de questões –, ambos os papéis jamais poderão ser prestados pela mesma pessoa. É dever das partes colaborar uma com a outra de boa-fé na troca de documentos e de informações relevantes para a resolução da disputa.⁵²

⁴⁸ Se se precisar apontar um novo mediador para o caso, dever-se-á reiniciar o processo de mediação.

⁴⁹ O prazo para a Agência determinar ou selecionar um árbitro para o caso é de 20 dias após o requerimento ter sido protocolizado.

⁵⁰ Exige-se, na regulamentação de arbitragem em telecomunicações da Dakota do Norte, que esse encontro preliminar seja feito em até 200 dias contados a partir da data de solicitação de negociação.

⁵¹ Isso não quer dizer que todas as informações das partes estarão disponíveis a público. É possível, a requerimento justificado feito por elas, que determinadas informações não sejam divulgadas.

⁵² Se alguma das partes não promove essa troca informal de informações e de documentos, a(s) outra(s) parte(s) pode, administrativamente ou perante o árbitro, apresentar um requerimento formal para a apresentação das informações ou dos documentos. A parte que receber a notificação desse requerimento deve cumprir os prazos impostos e apresentá-los.

Permite-se a audiência de testemunhas indicadas pelas partes. Para isso, estas devem trocar entre si em até 20 dias, contados a partir da resposta ao requerimento inicial, sua lista preliminar de testemunhas, identificando-as e indicando sobre qual tema cada uma delas vai se manifestar.⁵³ A lista final de testemunhas deve ser entregue ao árbitro e à outra parte em até 7 dias antes do encontro preliminar. No mesmo prazo, deve-se entregar ao árbitro um documento conciso a respeito de sua posição na disputa, das justificativas legais para isso e das provas que pretende apresentar.⁵⁴ Iniciados os encontros e as discussões, todas devem ser taquigrafadas e uma cópia das notas taquigráficas deve ser enviada à Agência.⁵⁵

Em referência à decisão pelo árbitro, o regulamento dispõe que a técnica decisória a ser utilizada é a arbitragem de oferta final (*final offer arbitration*), que, segundo o regulamento, consiste em “(...) um procedimento sob o qual cada parte apresenta uma oferta final sobre as questões sujeitas à arbitragem e o árbitro seleciona, sem qualquer modificação, uma das ofertas finais entregues a ele ou porções de cada uma”.⁵⁶ O árbitro tem discricionariedade para escolher entre a arbitragem de oferta final “empacotada” e a arbitragem de oferta final “questão-por-questão”. A primeira refere-se à escolha pelo árbitro de uma das ofertas finais completa, a segunda trata da possibilidade de escolha de partes de cada oferta. A Agência pode, eventualmente, determinar que o árbitro utilize uma outra variação da arbitragem de oferta final.

É possível que, mesmo depois de as partes entregarem as ofertas finais, elas prossigam em negociação e apresentem outras ofertas finais posteriormente. Para possibilitar isso, o árbitro deve aguardar até 15 dias contados a partir da entrega das primeiras ofertas finais antes de proferir o laudo. Se nenhuma das ofertas finais possibilitar o cumprimento das condições do acordo estabelecidas nas Seções 251 e 252 do *Telecommunications Act*, o árbitro deve tomar providências para proferir uma sentença que as contemple, seja pedindo que as partes apresentem novas ofertas finais, senja desprezando as ofertas finais e tomando uma decisão que procure estar de acordo com tais condições.⁵⁷

⁵³ Em geral, quando o procedimento de arbitragem da Dakota do Norte trata da antecipação do tema que a testemunha abordará, refere-se às chamadas testemunhas técnicas e não testemunhas de fato, isto é, pessoas que, preparadas tecnicamente, darão parecer sobre as questões discutidas.

⁵⁴ As partes podem, a qualquer momento, retornar ao procedimento de mediação se considerarem conveniente. Fazendo isso, pode-se envolver o árbitro na mediação sem torná-lo impedido de continuar atuando no processo de arbitragem.

⁵⁵ É a Agência que indica o taquígrafo, mas as partes são responsáveis pelo pagamento por seus serviços diretamente a ele.

⁵⁶ DAKOTA DO NORTE. Article 69-02: Practice and Procedure. Chapter 69-02-10: Arbitration. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.legis.nd.gov/information/acdata/html/69-02.html> (Consultado em 18.04.2006). Tradução livre do original.

Sobre isso, pode-se complementar: “Em virtude dessa modificação no processo arbitral, é comum as partes fazerem ofertas consideradas pelas mesmas como justas, pois pretendem persuadir o árbitro a escolhê-las. Assim, evita-se que as partes demandem, na arbitragem, valores acima do que realmente pensam ser corretos ou justos”. [GT ARBITRAGEM. *Glossário: métodos de resolução de disputas – RDs*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, pp. 303-4].

⁵⁷ O laudo arbitral deve conter uma lista das provas apresentadas, uma apresentação da discussão travada entre as partes, esclarecendo a posição de cada uma, um acordo proposto para as questões arbitradas e as recomendações finais do árbitro que se fizerem necessárias ou convenientes.

4. BRASIL

4.1. MAPEAMENTO DAS POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DA ANATEL PARA DIRIMIR DISPUTAS ENTRE OPERADORAS DE TELECOMUNICAÇÕES

No Brasil, não há propriamente um procedimento único de resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações que contemple todos os tipos de conflito. O marco regulatório do setor de telecomunicações – a Lei Geral de Telecomunicações (LGT)⁵⁸ – finca os marcos de atuação da ANATEL nessas disputas:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações

A ANATEL, por sua vez, criou, a partir dessa determinação, basicamente três “portas” normativas diferentes que podem ser acessadas por operadoras de telecomunicações em caso de disputa: (1) o procedimento para resolução de disputas em interconexão, (2) o procedimento para resolução de conflitos em compartilhamento de infra-estrutura envolvendo agentes dos setores de telecomunicações, elétrico e petrolífero e (3) a arbitragem e a mediação exercidas pela Agência, que se aplica aos casos de compartilhamento de infra-estrutura entre prestadoras de serviços de telecomunicações, bem como a quaisquer outras disputas entre operadoras que se subsumam às hipóteses previstas nos contratos de concessão ou diretamente no Regimento Interno da Agência.

No caso das disputas referentes a interconexão de redes entre operadoras, a LGT traz ainda outro dispositivo que merece destaque (grifo ausente no original):

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

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

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

Quando a LGT confere à ANATEL a competência de arbitrar as condições de interconexão, cai-se no dilema do que isso significa. O procedimento a ser adotado nesse caso será a arbitragem ou ocorrerá simplesmente um arbitramento pela Agência das condições de interconexão?

O art. 3º da lei de criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) – Lei nº 9.427/1996 – faz referência a dispositivo semelhante.⁵⁹ Na ANEEL, dá-se a

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

⁵⁹ “Art. 3º Além das incumbências prescritas nos arts. 29 e 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL: (...)VI - fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do art. 15 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e *arbitrar* seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos” (BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de

essa competência o sentido de arbitramento⁶⁰, isto é, não há preocupação primordial com o estabelecimento de um procedimento cunhado pela ampla defesa das partes e pela maior autonomia sobre o procedimento, argumentando cada uma em prol de seu interesse, em busca de uma decisão final, legítima e conclusiva, mas, sim, com uma avaliação baseada em estimativas do valor a ser pago por uma empresa à outra.⁶¹ Assim, a atuação da ANEEL nesse procedimento é apenas uma forma de decisão administrativa, na qual se determinam as condições, os termos e as tarifas de interconexão.

Na ANATEL, para regulamentar o procedimento decisório do § 2º do art. 153 da LGT, foi publicada a Resolução nº 410/2005, que revoga a de nº 40/1998, aprovando o Regulamento Geral de Interconexão. Anexo a esse regulamento, está a definição do processo de arbitragem em interconexão.

Para se buscar a arbitragem pela ANATEL em conflitos de interconexão, basta uma das partes requerê-la, não necessitando da aquiescência da outra. Os processos de arbitragem são competência da Comissão de Arbitragem, composta por três árbitros fixos⁶², sendo esta também responsável pela homologação dos acordos de interconexão elaborados pelas próprias partes ou por meio de arbitragem ou mediação privadas.⁶³

A regra desse processo de arbitragem da ANATEL é a publicidade, podendo, a pedido das partes, conter informações tratadas de modo confidencial se houver “(...) risco à segurança do país ou de prejuízo para qualquer das partes (...)”.⁶⁴ Podem participar do processo de arbitragem regulamentado, além das partes, quaisquer pessoas que tiverem direitos ou interesses que possam ser afetadas pela decisão, além de organizações e associações legalmente constituídas.

Após o requerimento da(s) parte(s) pela arbitragem, o árbitro relator dará uma decisão de admissibilidade.⁶⁵ Admitido, a parte requerida tem 10 dias para responder, apresentando documentos e informações referentes à questão a ser decidida. Em seguida, cada parte tem prazo de 5 dias para a entrega de suas razões finais, devendo a decisão da Comissão ser proferida em até 30 dias. Para contribuir no ato decisório, a ANATEL pode, a seu próprio juízo, contratar peritos, devendo estes ser custeados

Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Grifo ausente no original).

⁶⁰ Cf. COSTA, Henrique Araújo. *Resolução alternativa de conflitos no setor elétrico nacional*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p. 201.

⁶¹ Nesse sentido, aproxima-se de disposição do Código Tributário Nacional: “Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, *arbitrará* aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial” (BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Grifo ausente no original).

⁶² Os árbitros são funcionários da Agência e a eles se aplicam as hipóteses de suspeição e impedimento do CPC, sendo, se for o caso, substituídos por outro funcionário selecionado pelo Conselho Diretor.

⁶³ A possibilidade de se usar a arbitragem privada em vez do procedimento da Agência é prevista no art. 26 do referido documento. No entanto, para isso, nos termos da Lei nº 9.307/1996, as partes devem entrar em acordo, não bastando a provocação de apenas uma delas.

⁶⁴ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Regulamento Geral de Interconexão. Resolução nº 410, de 11 de julho de 2005, Anexo III. Art. 5º, § 1º.

⁶⁵ Desta, cabendo recurso ao Conselho Diretor.

pelas partes. Admite-se também a intervenção da Procuradoria no processo, para entrega de parecer. As partes podem entrar em consenso sobre a controvérsia, porém não é papel da Comissão atuar como conciliador ou mediador – papel esse que, por outro lado, é ressaltado pelo art. 21, § 4º, da Lei da Arbitragem. Se as partes alcançarem esse consenso, a Comissão homologá-lo-á.

Da decisão final da Comissão de Arbitragem em Interconexão cabe recurso ao Conselho Diretor, e da decisão do Conselho que julga o recurso ainda cabe pedido de reconsideração para o próprio Conselho. O regulamento do processo de arbitragem em interconexão não expõe qualquer vedação a discussões judiciais a partir da decisão final do Conselho Diretor, donde se interpreta que são plenamente possíveis. Nesse ponto, há expresso confronto com a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), que não admite qualquer recurso revisional de mérito ao Poder Judiciário, mas apenas pedido judicial de decretação de nulidade do laudo arbitral, nas hipóteses previstas em lei.

Como se observa, o procedimento instituído pelo Regulamento Geral de Interconexão em muito carece de mecanismos-chave do procedimento de arbitragem, tal como construído tradicionalmente, bem como destoa das disposições da Lei nº 9.307/1996, que regula a arbitragem no Brasil. Nessa esteira, pode-se sustentar que, em verdade, esse procedimento não se trata de arbitragem, mas de um processo administrativo de resolução de disputas em interconexão.

Surgindo algum conflito que envolva operadoras de telecomunicações, concernente a compartilhamento de infra-estrutura, o procedimento a ser seguido depende das partes que estiverem em conflito. Se uma delas for operadora de telecomunicações e a outra se submeter à disciplina regulatória da ANP ou da ANEEL, a competência passa, por força das resoluções conjuntas ANEEL-ANATEL-ANP nº 1/1999 e nº 2/2001, para a Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo.⁶⁶

O Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-Estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, aprovado pela Resolução Conjunta ANEEL-ANATEL-ANP nº 1/1999, dispunha originalmente:

Art. 23. Eventuais conflitos surgidos em matéria de interpretação e aplicação deste Regulamento, quando do desenvolvimento das negociações de contratos de compartilhamento, serão equacionados pelas Agências, no exercício da função de órgãos reguladores, *através de processo de arbitragem* a ser definido em regulamento conjunto que será expedido pelas Agências. (Grifo ausente no original).

Essa redação do art. 23 foi, todavia, modificada com a Resolução Conjunta ANEEL-ANATEL-ANP nº 2/2001, que aprovou o Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, passando a ter a seguinte dicção:

Art. 23. Eventuais conflitos de interesse entre agentes serão dirimidos pelas Agências em Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo a ser por elas expedido.

A referência à arbitragem, como se nota, foi suprimida. De fato, a Resolução Conjunta nº 2/2001 não criou um procedimento tipicamente arbitral, mas, sim, um processo de resolução administrativa da disputa, isto é, uma forma de decisão

⁶⁶ REZIO, Juliana Oliveira. *Resolução de Conflitos em Compartilhamento de Infra-Estrutura*. In: **Revista Teletime**, Ano 5, nº 41, fevereiro de 2002.

administrativa como outra qualquer, que, enquanto tal, admite pedido de reconsideração e ação judicial que rediscuta as questões.⁶⁷

Mais comuns do que as disputas entre empresas dos diferentes setores regulatórios mencionados são as disputas em compartilhamento de infra-estrutura entre as próprias operadoras de telecomunicações. Essas disputas têm sua base no Regulamento de Compartilhamento de Infra-Estrutura entre Prestadoras de Serviço de Telecomunicações, aprovado pela Resolução da ANATEL nº 274/2001. Esse regulamento, em seu art. 32, dispõe:

No Compartilhamento da Capacidade Excedente, previsto no art. 12 do Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-Estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, *caso as Prestadoras envolvidas sejam ambas pessoas jurídicas detentoras de concessão, permissão ou autorização para exploração de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, esse Compartilhamento dá-se exclusivamente nos termos deste Regulamento.* (Grifo ausente no original).

Isso significa que as disputas surgidas entre operadoras de telecomunicações não se submetem ao Regulamento Conjunto anteriormente mencionado, mas às formas compositivas previstas no próprio regulamento de compartilhamento de infra-estrutura, aprovado pela Resolução nº 274. Essas formas são a arbitragem e a mediação administrativas.⁶⁸

Para se usarem esses meios de resolução de disputas, a negociação entre as partes deve ter sido infrutífera. O Regulamento remete aos procedimentos de arbitragem e de mediação aprovados pela Agência. No entanto, não há procedimentos gerais para qualquer dessas RDs no âmbito da ANATEL: não existe procedimento de mediação aprovado pela Agência e o procedimento de “arbitragem” existente refere-se à “arbitragem em interconexão”, sobre a qual já se discorreu.⁶⁹

Além desses meios de resolução de disputa, também se menciona a arbitragem e a mediação de conflitos entre operadoras pela ANATEL em seu Regimento Interno⁷⁰ e nos contratos de concessão⁷¹, carecendo da mesma regulamentação. Pelos

⁶⁷ Lê-se na Consulta Pública Conjunta ANEEL-ANATEL-ANP nº 2/2000: “(...) o presente Regulamento não trata de arbitragem civil e sim dos procedimentos administrativos, previstos na legislação dos setores de Telecomunicações, Energia Elétrica e Petróleo, para resolução de conflitos entre agentes destes setores, sendo obrigatória a submissão das partes ao juízo das Agências”. (BRASIL. ANEEL-ANATEL-ANP. Consulta Pública Conjunta nº 2, de 10 de março de 2000. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/acontece_anatel/consulta/2000/consulta_002/comment_cp_conjunta_002_2000.pdf (Consultado em 12.07.2006).

⁶⁸ Regulamento de Compartilhamento de Infra-Estrutura entre Prestadoras de Serviço de Telecomunicações, arts. 27 e 28. (BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Regulamento de Compartilhamento de Infra-estrutura entre as Prestadoras dos Serviços de Telecomunicações. Resolução nº 274, de 5 de setembro de 2001).

⁶⁹ O art. 45 do Regulamento Geral de Interconexão diz: “Até a expedição de regulamentação específica, eventuais conflitos que possam surgir em matéria de aplicação e interpretação da regulamentação, quando do desenvolvimento das negociações dos contratos de interconexão, devem ser equacionados pela Anatel no exercício da sua função de órgão regulador, conforme prescrito nos arts. 8º e 19 da Lei nº 9.472, de 1997, por meio do processo de arbitragem definido no Anexo III deste Regulamento”. (BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Regulamento Geral de Interconexão. Resolução nº 410, de 11 de julho de 2005). Intencionalmente ou não, a extensão da aplicação desse processo de arbitragem ainda se limita ao caso de interconexão, não podendo ser considerado universalmente aplicável no âmbito da Agência a qualquer hipótese de arbitragem.

⁷⁰ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações, na forma do Anexo a esta Resolução, ficando revogada a Resolução nº 197, de 16 de dezembro de 1999. Resolução nº 270, de 19 de julho de 2001.

contratos de concessão, as partes têm a faculdade de submeter à ANATEL, por meio de reunião de composição de conflitos⁷², de processo de mediação ou de processo de arbitragem, quaisquer conflitos decorrentes da interpretação e da aplicação da regulamentação.

Os processos propriamente gerais de mediação e de arbitragem são previstos no Regimento Interno da Agência e essa previsão constitui a base para a discussão da próxima subseção, merecendo transcrição:

Art. 62. Quando dois ou mais interessados, de comum acordo e por escrito, pretenderem da Agência a solução de pendências relativas ao reconhecimento ou atribuição de direitos, será instaurado procedimento específico de mediação.

§ 1º Os interessados serão notificados quanto a data, hora, local e objeto da mediação.

§ 2º O resultado da mediação vinculará as partes perante a Agência.

(...)

Art. 63. Havendo conflito de interesses entre prestadoras de serviços de telecomunicações ou entre estes e os usuários será procedida a arbitragem. Parágrafo único. As partes, enquanto prestadoras, podem submeter a solução de seus eventuais conflitos ao processo de arbitragem quando houver compromisso prévio de aceitar como vinculante a decisão que vier a ser proferida.

Com esse panorama de atuação da ANATEL na resolução de disputas entre operadoras, pode-se iniciar a investigação do modelo brasileiro a partir da experiência propiciada pelo direito comparado.

4.2. PROPOSTAS PARA O MODELO BRASILEIRO À LUZ DO DIREITO COMPARADO

Conforme se demonstrou com o mapeamento feito na subseção anterior, não há um procedimento de arbitragem e um procedimento de mediação regulamentados na ANATEL que sejam amplamente aplicáveis. Assim, tratar-se-á, aqui, de utilização do direito comparado para iluminar a concepção de mediação e de arbitragem que a

⁷¹ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprovar os modelos de Contrato de Concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado nas modalidades de serviço Local, Longa Distância Nacional (LDN), e Longa Distância Internacional (LDI) e o Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Telefônico Fixo Comutado (PGMQ) - 2006. Resolução nº 341, de 20 de junho de 2003.

Nos contratos de concessão também é prevista a arbitragem de disputas entre a ANATEL e a concessionária que versem sobre violação do direito da concessionária à proteção de sua situação econômica, sobre revisão das tarifas ou sobre indenizações devidas quando da extinção do contrato, inclusive quanto aos bens revertidos. O estudo sobre a possibilidade de a Agência, pessoa jurídica de direito público, participar de uma arbitragem como parte e a análise de suas implicações sobre a indisponibilidade do interesse público que ela carrega fogem ao escopo deste artigo. De toda sorte, sobre o tema, cf. LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na Concessão de Serviço Público – Perspectivas*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 45; e, como parte de uma corrente diferente, ARAÚJO, Helena Caetano de e PIRES, José Cláudio Linhares. *Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades*. In: **Revista de Administração Pública**. Vol. 34, nº 5 (set./out. 2000). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000, p. 9.

⁷² Não há qualquer previsão regimental para a reunião de composição de conflitos, podendo ser uma espécie de encontro informal entre as partes para se tentar resolver a disputa. Ao que parece, não há qualquer aplicação de técnica mediatária.

Agência brasileira carrega e, a partir disso, indicar caminhos possíveis e coerentes com a posição de um órgão regulador frente a um mercado liberalizado.

4.2.1. Da competência material

O primeiro ponto a se discutir é que tipo de disputas poderá o órgão regulador de um país dirimir entre as partes. Quaisquer disputas entre direitos patrimoniais disponíveis? Ou apenas as que forem de competência regulatória da Agência? Neste caso, como separar os casos que podem ser resolvidos pela Agência, por meio da arbitragem e da mediação, dos casos que não o podem?

Dos modelos estrangeiros apresentados, verifica-se que o Japão restringe a atuação da Comissão aos casos de conflitos em interconexão, em compartilhamento de infra-estrutura, na negociação de fornecimento de serviços entre prestadoras e, residualmente, a outras disputas cuja resolução seja necessária para a boa prestação de serviços pelas prestadoras.

A regulação nos Estados Unidos permite que, além das obrigações legais das subseções (b) e (c) da Seção 251 do *Telecommunications Act*⁷³, sejam trazidas à mediação ou à arbitragem pela Agência disputas em interconexão e em negociação de serviços e de elementos de rede entre as empresas. A competência da Agência para resolver todas essas disputas demonstra claramente que o objetivo disso é garantir uma justa competição entre os *players*.

A resolução de disputas pelo *Ofcom*, na Inglaterra, segue as diretrizes européias, que, diferentemente da regulamentação americana e japonesa, não trata analiticamente de todos os tipos de disputa que podem ser resolvidos administrativamente pelo órgão. Em vez disso, a regulação apenas informa principiologicamente que a disputa deve ser referente a norma ou diretiva do setor.

O Brasil parece seguir a técnica inglesa para definição de que matérias podem ser dirimidas pela ANATEL. Assim, a mediação deve tratar de “pendências relativas ao reconhecimento ou atribuição de direitos”⁷⁴ entre as partes, e a arbitragem, de “conflito de interesses”⁷⁵ entre operadoras de telecomunicações. É uma forma interessante, pois não se corre o risco de determinado caso demandar a intervenção da Agência e isso não poder ocorrer pela disputa não se enquadrar na listagem taxativa de hipóteses.

Por outro lado, esse tipo de definição também traz problemas. O principal deles é a possibilidade de desvio de finalidade na atuação da Agência. Uma disputa que em princípio não versa propriamente sobre a matéria que é objeto de regulação pela Agência pode passar a ter de ser resolvida por ela. Assim, p. ex., se uma operadora de TV a cabo expõe indevidamente, em uma propaganda sua, a marca de uma operadora de SMP, tem-se, aí, um conflito de interesses, que, em tese, pode ser posto perante a Agência. No entanto, muito dificilmente um conflito como esse prejudicará a concorrência entre as partes a ponto de a Agência precisar intervir.

⁷³ Cf. nota 34 *supra*.

⁷⁴ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações, na forma do Anexo a esta Resolução, ficando revogada a Resolução nº 197, de 16 de dezembro de 1999. Resolução nº 270, de 19 de julho de 2001, art. 62.

⁷⁵ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações, na forma do Anexo a esta Resolução, ficando revogada a Resolução nº 197, de 16 de dezembro de 1999. Resolução nº 270, de 19 de julho de 2001, art. 63.

Dessa forma, a melhor maneira de previsão da atuação da Agência parece mesmo ser a listagem analítica de hipóteses. É importante, no entanto, também deixar a Agência decidir discricionariamente se deve atuar ou não em algum outro caso não contemplado pelo rol de hipóteses, mas que venha a ser potencialmente prejudicial a uma ampla e justa concorrência.

4.2.2. Da autonomia das partes referente à participação na mediação e na arbitragem

A mediação e a arbitragem na ANATEL são sempre facultades das partes, que, antes de solicitar a atuação da Agência, têm de entrar em consenso sobre isso. A regulamentação do procedimento no Japão, na Inglaterra⁷⁶ e nos EUA não traz essa necessidade. No modelo americano, esses procedimentos também são facultativos, porém é necessário o requerimento de apenas uma das partes para que se proceda à notificação da outra e ao conseqüente início do procedimento.

No modelo japonês, a mediação pode ser iniciada com o pedido de apenas uma das partes, porém a arbitragem requer o consenso delas em se submeter ao procedimento. Isso não deixa de ser um traço estranho desse modelo, pois a mediação é um processo autocompositivo; dessa forma, a colaboração das partes é necessária para que seja eficaz. Quando se admite que apenas uma delas solicite a atuação da Comissão como mediadora, independente da concordância da(s) outra(s), pode-se estar minando o procedimento de resolução de disputa, na medida em que, por mais que haja obrigação legal de cooperação no sentido de se alcançar um resultado, não é isso que conseguirá mudar o seu *animus* da parte que não concorda com a atuação da Comissão. Por outro lado, a exigência de consenso para que se proceda à arbitragem pela Comissão, que é um processo heterocompositivo, dá a impressão de que o legislador japonês, quando tratou desses procedimentos, trocou as bolas.

No Regimento Interno da ANATEL há a exigência de consenso tanto para a instauração da arbitragem pela Agência quanto para o início da mediação. Faz sentido, como se demonstrou, exigir o consenso das partes para que a Agência proceda à mediação.⁷⁷ Já, na arbitragem, exigir o consenso das partes pode significar a necessidade inequívoca de a empresa solicitante ter de ir ao Judiciário, frustrando-se a possibilidade de uma decisão rápida e bem fundamentada ao conflito.

Esse problema foi identificado pelo chamado procedimento de arbitragem em interconexão da ANATEL⁷⁸, porém a arbitragem prevista no Regimento Interno, que rege tudo o mais, não se atentou para isso. Se o conflito tiver implicações concorrenciais perniciosas para a parte solicitante, a Agência deveria, em nome do

⁷⁶ No modelo inglês, apesar de o *Ofcom* não atuar como mediador ou árbitro, existe a possibilidade de, preenchidos os requisitos, ele decidir administrativamente. Para isso, basta que uma das partes pleiteie a sua atuação na disputa.

⁷⁷ Mesmo que faça sentido exigir o consenso das partes para que se instaure a mediação, há também, por outro lado, vantagens em prescindir desse consenso. Muitas vezes, sendo obrigatória a instauração do procedimento, a parte que estava negando-se a negociar, ao comparecer, pode se sentir mais estimulada a estabelecer uma negociação e conseguir um resultado consensual. A melhor forma parece ser permitir-se à parte requerida na mediação que responda ao requerimento feito pela outra parte perante o órgão regulador, indicando se pretende participar ou não da mediação.

⁷⁸ Isso se explica pela natureza ordinariamente administrativa desse procedimento.

interesse público, ser capaz de ingressar e dirimir o conflito, como uma espécie de regulação assimétrica.⁷⁹

4.2.3. Da possibilidade de se escolher o árbitro ou o mediador

Também como fruto do princípio da autonomia das partes no processo de mediação e arbitragem, é praticamente uma garantia que as partes possam escolher quem será o mediador ou o árbitro da disputa. Isso permite uma maior confiança delas no procedimento e no seu resultado, propiciando, conseqüentemente, uma regulação mais eficiente, na medida em que é mais difícil que esse resultado seja descumprido por uma das partes.

No Japão, quando uma das partes solicita à Comissão a mediação de um conflito, não se admite qualquer ingerência delas na nomeação ou na indicação do mediador. Diferentemente, quando as partes solicitam a arbitragem, podem indicar, em consenso, quem serão os três árbitros que atuarão, contanto que eles sejam funcionários da Comissão. A Comissão apenas indicará os árbitros se as partes não chegarem a um consenso sobre quem indicar.

Na Dakota do Norte, admite-se a indicação do árbitro e do mediador pelas partes. Em verdade, a Agência dá prioridade à escolha pelas partes. Assim, ao requerimento de uma das partes para que ocorra a mediação, ambas deverão entrar em consenso sobre quem será o mediador. Caso não se alcance esse consenso, uma das partes pode requerer à Agência que indique algum funcionário seu para o caso. Esse funcionário fica impedido de atuar na arbitragem ou na homologação do acordo sobre o mesmo caso.

Processo semelhante ocorre na arbitragem. No entanto, as partes não têm plena escolha sobre quem será o árbitro. Devem submeter uma lista à Agência com pelo menos dois árbitros, para que ela escolha um, ou, se não houver consenso, cada uma deve submeter sua própria lista de pessoas que aceita como árbitra. Não ocorrendo qualquer indicação, a própria Agência indica e nomeia um de seus funcionários como árbitro.

Na Inglaterra, o *Ofcom* recusa-se a indicar qualquer funcionário para a atuação como árbitro ou mediador em qualquer disputa. Não é sua competência arbitrar ou mediar conflitos, sendo esses procedimentos deixados todos a cargo de instituições e processos privados. Se essas formas de resolução forem ineficazes, aí sim o órgão decidirá. No entanto isso se dá por um procedimento decisório administrativo tipicamente discricionário.

Nesse aspecto de indicação de árbitros e de mediadores, os três países demonstram experiências bem diferentes um do outro. Na regulamentação da ANATEL, não há qualquer menção à possibilidade de indicação de um mediador ou árbitro privado, na medida em que a Agência enxerga a arbitragem e a mediação que pratica sob um prisma de direito privado, isto é, assim como as partes podem recorrer a um árbitro ou a um mediador privado, podem recorrer à Agência se quiserem.

A participação de uma pessoa da Agência na decisão de uma disputa entre operadoras de telecomunicações é uma questão delicada. Isso porque, em princípio,

⁷⁹ Para isso, a noção de contratualidade entre as partes para o procedimento de arbitragem deve ser substituída pela noção de previsão legal. Nos EUA, p.ex., isso ocorre. Pressupõe-se que, quando uma empresa opera no setor de telecomunicações, está aceitando todas as normas que regem o setor, bem como a possibilidade de ser demandada e de demandar em um procedimento arbitral perante o órgão regulador.

apesar do princípio da confidencialidade, nada garante que as informações apreendidas pelo funcionário que se envolve na disputa não serão usadas contra a(s) parte(s) futuramente pela Agência. Por esse motivo, recomenda-se que o funcionário que participe da resolução da disputa fique impedido de atuar, ao menos, em procedimentos futuros relacionados a esse caso.

Além disso, alguns duvidam da imparcialidade da Agência em conduzir uma mediação, na medida em que ela está vinculada ao interesse público.⁸⁰ Esse parece ser um óbice falacioso, na medida em que a atuação da Agência na resolução das disputas dá-se exatamente por força do interesse público (proteção da concorrência). Assim, a defesa do interesse público dá-se pela mera colaboração da Agência (como mediadora ou árbitra) na pacificação do conflito, e não na orientação do resultado da disputa a algum fim escuso.

4.2.4. Da liberdade de procedimento

Também se afere o grau de autonomia das partes em uma RD pela liberdade que possuem de acordarem os procedimentos a serem seguidos. Os procedimentos de mediação e arbitragem em disputas resolvidas pelo órgão regulador são dispostos em lei ou regulamento. No entanto, muitas vezes esse procedimento não é imperativo, isto é, as partes podem decidir um outro caminho para a resolução da disputa sem suprimir a natureza e os aspectos essenciais da forma de RD utilizada.

Assim, é com a abertura que o regulamento ou a lei dá que se pode avaliar até que ponto a liberdade das partes em construir o processo é preservada. A possibilidade de as partes fazerem-no permite o tratamento necessário de acordo com a complexidade da disputa – disputas mais complexas necessitam de mais tempo, para convocação de peritos e realização de análises – e conforme a disponibilidade de tempo das partes em colaborar com o andamento da arbitragem ou da mediação.

No Japão, como se observou, há pouco espaço para as partes criarem ou negociarem o procedimento a ser seguido, tanto na mediação quanto na arbitragem. Esse controle sobre o processo limita-se praticamente à realização de audiências, que as partes escolhem quando e quantas serão. Pode-se considerar também uma liberdade das partes o fato de poderem rerepresentar suas alegações à medida que as audiências vão prosseguindo.

Fora esses aspectos, as partes não têm qualquer autonomia sobre, p. ex., a decisão do árbitro ou sobre quem – além delas – pode estar presente à mediação. O processo de arbitragem é sigiloso, mas a Comissão pode decidir disponibilizar ao público determinadas informações, independentemente da concordância das partes. Além desses, há uma miríade de outros fatores nodais que poderiam ter sido afrouxados em favor de uma maior autonomia das partes sobre o processo. No entanto, a sua rigidez demonstra bem a natureza administrativa dos procedimentos de

⁸⁰ “(...) it might be argued that the commission cannot participate in mediation because it must always function in a manner that enhances the public interest. Yet the Telecommunications Act clearly allows commissions to participate in the negotiation and mediation of differences between private parties”. (BURNS, Robert E., DAVIS, Vivian Witkind e WIRICK, David W. **Some issues in commission mediation and arbitration of interconnection agreements**: defining and staffing the administrative process. Columbus, Ohio: The National Regulatory Research Institute, 1996. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.nrri.ohio-state.edu/dspace/bitstream/2068/235/1/96-17.pdf> (Consultado em 30.06.2006).

mediação e de arbitragem na Comissão de Resolução de Disputas Comerciais em Telecomunicações japonesa.

A liberdade sobre o processo no modelo inglês é praticamente inexistente, pois o *Ofcom* declaradamente não atua como mediador ou como árbitro, deixando esses procedimentos a cargo do meio privado buscado pelas próprias partes. Assim, o processo de resolução de disputas do órgão regulador inglês é um processo administrativo (ou melhor, quase-judicial, como se verá mais claramente no próximo item) de decisão. Há, no entanto, pelo menos uma vantagem em relação ao modelo japonês: se as partes requererem a confidencialidade de determinadas informações, o órgão regulador inglês não pode decidir pelo contrário e publicá-las.

Das experiências estrangeiras observadas, a americana é a que abre uma maior liberdade sobre o procedimento às partes em disputa. A regulamentação da mediação do estado da Dakota do Norte, por exemplo, estabelece que a sessão é totalmente confidencial. Afora esse ponto, a mediação não apresenta muitos aspectos inovadores quanto à liberdade de procedimento, pois é um mecanismo naturalmente autocompositivo. É no procedimento de arbitragem que se enxerga uma maior flexibilidade relativa.

Apesar da exigência de as partes serem representadas por seus advogados, a regulamentação da arbitragem pela *public service commission* da Dakota do Norte permite que as partes, em consenso, imponham condições ao processo, estabeleçam as etapas de cumprimento do acordo e decidam sobre a ocorrência de audiências para oitiva de testemunhas. As partes também podem continuar a negociação mesmo depois de feitas as ofertas finais, o que contribui para a legitimidade da decisão, na medida em que há um teor autocompositivo maior. Para reforçar isso, ainda se permite a elas restringir o escopo de decisão do árbitro, estabelecendo, p.ex., um limite mínimo e outro máximo dentro dos quais o árbitro deve decidir o valor de uma tarifa de interconexão.

É importante que, além de a mediação carregar a autocomposição, a arbitragem também possua aspectos autocompositivos, por mais que estes não tanjam diretamente ao resultado da disputa, mas ao procedimento. Assim, garantir uma voz às partes tanto no procedimento quanto na autonomia decisória do árbitro contribui para a legitimidade do processo e para uma visão, pelas partes, de que o que ocorreu – o processo e o resultado – foi justo.⁸¹

4.2.5. Da possibilidade de recursos

Pode-se dizer, com um certo grau de radicalismo, porém ainda de forma realista, que um método de resolução de disputas não cumpre seus fins se permite

⁸¹ “Pesquisadores mais antigos da área processual, notadamente John Thibaut e Laurens Walker, sustentavam que as partes valorizavam o controle sobre o processo principalmente porque isso lhes permitia alcançar resultados substanciais.

(...)

Pesquisadores mais recentes no âmbito processual e procedimental, como E. Allan Lind e Tom Lyster, em contraste, sustentam que o controle sobre o processo é valorizado principalmente porque dá às partes uma chance de ter uma voz e participar significativamente no processo. De acordo com essa visão intrínseca ou ‘orientada para o procedimento’ do controle processual, ‘a mera experiência de uma oportunidade para expressar-se será vista como justa – não há referência ao resultado do procedimento’”. (GUTHRIE, Chris e LEVIN, James. A “Party Satisfaction” Perspective on a Comprehensive Mediation Statute. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Ohio, vol. 13, 1998. p. 887. Tradução livre do original).

uma rediscussão da matéria no Poder Judiciário. De fato, o objetivo das RDs é terminar o conflito. Se há possibilidade de revisão por um tribunal, ou o conflito não foi resolvido – as partes não se empenharam no método de RD por saber que existia a possibilidade de uma discussão no Judiciário – ou a parte que propôs a discussão judicial da causa está agindo de má-fé. Para evitar essas duas situações, o mais coerente parece ser negar a atuação do Poder Judiciário no mérito das questões resolvidas em RDs.⁸²

Essa pontuação aplica-se mais propriamente à arbitragem, na medida em que a natureza do acordo fruto da mediação é contratual. Dessa forma, feito o contrato, não cabe qualquer questionamento sobre as obrigações nele contidas, a não ser de questões que versem sobre a nulidade do instrumento.

No Japão, a decisão da Comissão de Resolução de Disputas em Telecomunicações em um processo de arbitragem não se submete a qualquer recurso interno. Não há, no entanto, nenhuma restrição expressa indicando a incompetência dos tribunais em revisar a deliberação da Comissão. A decisão é, portanto, próxima da decisão de um processo administrativo.

Na Inglaterra se tem uma situação assaz singular. Nas resoluções das disputas submetidas ao *Ofcom* – o que não ocorre por meio de arbitragem ou de mediação, mas por um procedimento próprio –, ele não dispõe de recursos internos para revisão da decisão, mas possibilita o recurso ao Poder Judiciário. Assim, há uma simbiose entre o *Ofcom* e o Poder Judiciário, na medida em que aquele já se situa como um primeiro grau de jurisdição. A decisão do *Ofcom* pode ser considerada quase-judicial. O tribunal que receber a “apelação” pode revisar o mérito da decisão, porém da decisão desse tribunal só cabe recurso de natureza extraordinária, isto é, que permite apenas a re-análise de questões de direito, não de fatos.

Na Dakota do Norte – e nos Estados Unidos em geral –, não cabe qualquer recurso no âmbito da agência que decide a disputa. Há ainda uma disposição no *Telecommunications Act* que proíbe qualquer tribunal estadual de imiscuir-se na decisão.⁸³ Assim, conclui-se que a única ação revisional sobre essa decisão concerne à revisão do procedimento de arbitragem ou de mediação ao Poder Judiciário federal, fundado no descumprimento das disposições da lei. Essa determinação pode parecer autoritária, mas não o é de fato, principalmente se observada à luz das liberdades de procedimento conferidas às partes no processo de arbitragem das agências americanas e da restrição imposta à autonomia decisória do árbitro, que deve decidir por meio da técnica de oferta final.

No Brasil, da decisão da ANATEL no procedimento de “arbitragem” em interconexão cabe uma série de recursos, o que vem a salientar o caráter administrativo dessa decisão. Em princípio, é possível recurso para o Conselho Diretor da Agência.⁸⁴ A decisão do Conselho Diretor, por sua vez, pode submeter-se a uma reavaliação no Poder Judiciário típica a qualquer ato administrativo comum, sendo atacada por um processo de duplo grau de jurisdição, além de instâncias extraordinárias.

O procedimento de resolução de conflitos aprovado pela Resolução Conjunta ANEEL-ANATEL-ANP nº 2/2001 também prevê um pedido de reconsideração,

⁸² No Brasil, p.ex., a Lei de Arbitragem permite que o Judiciário manifeste-se apenas extrinsecamente sobre a sentença arbitral, apontando eventual nulidade caso ela não contenha os requisitos objetivos previstos em lei.

⁸³ Cf. nota 43 *supra*.

⁸⁴ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Regulamento Geral de Interconexão. Resolução nº 410, de 11 de julho de 2005, Anexo III. Art. 20.

podendo ser igualmente objeto de discussão judicial. Já a arbitragem do Regimento Interno da Agência, por falta de regulamentação, não esclarece se permite uma revisão de mérito da decisão.

O ideal parece ser a revisão judicial apenas no que se refere ao descumprimento de princípios legais e procedimentais pela Agência, não se devendo controlar outros aspectos de sua decisão. Nesse sentido, é salutar que o Judiciário não atue reformando de ofício a decisão, mas anulando-a em hipóteses próximas às dispostas na Lei de Arbitragem brasileira.⁸⁵

5. CONCLUSÃO

A maioria das hipóteses em que a ANATEL resolve conflitos entre operadoras trata-se de processo administrativo. O único momento em que se pode afirmar que há possibilidade de ocorrência efetiva de mediação ou de arbitragem é quanto às disposições em seu Regimento Interno. No entanto, a falta de regulamentação – principalmente da arbitragem – elimina os trunfos que esse tipo de procedimento conduzido por um órgão regulador poderia ter.

Pode-se dizer que as duas grandes vantagens da realização da arbitragem e da mediação por uma instituição regulatória oficial são a possibilidade de se iniciar o processo sem uma concordância prévia da outra parte e a restrição dada à revisão da decisão pelo Poder Judiciário. Esses fatores colaboram para que a decisão definitiva da causa ocorra de maneira célere, contemplando, assim, o interesse público de proteção da concorrência entre as operadoras.

Adotar essas medidas não se trata de cerceamento de defesa, pois, como visto na seção anterior, há várias liberdades no procedimento que compensam essa decisão “em única instância” da arbitragem e da mediação. Principalmente na arbitragem, é salutar balancear essas medidas com, p.ex., a possibilidade de as partes escolherem os árbitros, elaborarem o procedimento conjuntamente com o árbitro e restringirem a autonomia decisória deste, o que pode ocorrer pelo próprio regulamento do procedimento de arbitragem, que pode prever que o árbitro se atenha à arbitragem de oferta final ou a uma de suas variações, de forma a garantir uma maior legitimidade da decisão.

A implementação de procedimentos de arbitragem e de mediação mais eficazes e fiéis é uma necessidade cuja satisfação depende de grande vontade política e – mormente no caso da mediação – de recursos humanos bem preparados para isso. Isso parece ter sido captado pela ANATEL, que talvez crie, em sua reforma estrutural,

⁸⁵ Estabelece a Lei de Arbitragem:

“Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do artigo 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no artigo 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o artigo 21, § 2º, desta Lei”.

uma área especializada em composição de conflitos entre prestadoras de serviços de telecomunicações.⁸⁶

No entanto, a partir da leitura da atuação da agência brasileira, comparando-a com outros países, vê-se a necessidade de uma previsão em lei da realização da arbitragem.⁸⁷ Caso contrário, a ANATEL deverá submeter-se à Lei de Arbitragem ordinária.⁸⁸ Em suma, sem uma previsão legal específica para a prática da arbitragem pela Agência, os dois trunfos apontados linhas acima não podem efetivar-se.

Portanto, o procedimento de arbitragem privada comum tem pressupostos distintos da arbitragem conduzida por um órgão regulador, e, para que se façam efetivamente presentes esses pressupostos, precisa-se ter um procedimento diferenciado, porém ainda fiel aos aspectos essenciais de uma arbitragem, conforme exposto neste artigo. É verdade que essa necessidade de um procedimento próprio, especial, não ocorre tanto com a mediação praticada pelo órgão regulador.⁸⁹ Em contrapartida, o investimento público que se tem de fazer para se formar um bom mediador é ligeiramente maior que o investimento feito para se ter um bom árbitro. O resultado da mediação é, por outro lado, mais legítimo que o da arbitragem.

Como se vê, a arbitragem e a mediação são duas formas distintas e complementares de resolução de disputas. Um órgão regulador de telecomunicações deve praticar com eficiência essas duas RDs perante um mercado liberalizado, de sorte a permitir que os conflitos entre as operadoras causem o menor dano possível à concorrência entre as empresas, o que se consegue por meio de uma resolução definitiva, rápida e legítima das disputas.

6. BIBLIOGRAFIA

6.1. OBRAS E PUBLICAÇÕES

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.).

⁸⁶ É o que se nota da leitura do novo Regimento Interno da Agência, aprovado pela Resolução nº 415/2005, mas cuja publicação no DOU (em 11/10/2005) foi tornada ineficaz pelo Ato do Conselho Diretor da ANATEL nº 53.660/2005:

“Art. 174 A Superintendência de Relações com Prestadoras é constituída pelos seguintes órgãos fracionários:

I- Gerência de Acompanhamento de Contratos entre Prestadoras;

II- Gerência de Composição de Conflitos; e

III- Gerência de Acompanhamento Societário e da Ordem Econômica.”

⁸⁷ A única disposição legal que possibilita à ANATEL atuar genericamente na resolução de disputas entre operadoras é o inc. XVII do art. 19 da LGT, que aponta a competência da Agência de “compor *administrativamente* conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações” (grifo ausente no original).

⁸⁸ Alguns defendem que a ANATEL não pode sequer atuar como árbitra nos termos da Lei nº 9.307/1996. No entanto, fazer essa restrição é depauperar ainda mais a capacidade de a Agência resolver disputas entre os agentes do setor. Além disso, se à ANATEL é permitido ser parte em uma arbitragem civil, não parecem restar motivos que a impeçam de atuar como árbitra, se for escolhida por consenso das partes e se a resolução da disputa for de interesse público.

⁸⁹ A característica de autocomposição dessa RD elimina maiores questionamentos sobre o cerceamento de defesa das partes ou de previsão legal do procedimento.

- Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.** Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.
- ARANHA, Márcio Iorio (org.). *Coletânea Brasileira de Normas e Julgados de Telecomunicações e Glossário Brasileiro de Direito das Telecomunicações.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- ARAÚJO, Helena Caetano de e PIRES, José Cláudio Linhares. *Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades.* In: **Revista de Administração Pública.** Vol. 34, nº 5 (set./out. 2000). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000.
- BRUCE, Robert R. [*et alii*]. **Dispute Resolution in the Telecommunications Sector: Current Practices and Future Directions.** Genebra: União Internacional de Telecomunicações/Banco Mundial, 2003. [*on line*] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.itu.int/ITU-D/treg/Events/Seminars/2003/GSR/Documents/DRS_Final_GSR_5.pdf (Consultado em 30.06.2006).
- BURNS, Robert E., DAVIS, Vivian Witkind e WIRICK, David W. **Some issues in commission mediation and arbitration of interconnection agreements: defining and staffing the administrative process.** Columbus, Ohio: The National Regulatory Research Institute, 1996. [*on line*] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.nrri.ohio-state.edu/dspace/bitstream/2068/235/1/96-17.pdf> (Consultado em 30.06.2006).
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.
- COSTA, Henrique Araújo. *Resolução alternativa de conflitos no setor elétrico nacional.* In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.** Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.
- EUROPEAN TELECOMMUNICATIONS PLATFORM. **Inventory of Dispute Resolution Mechanisms: What are the choices for the telecommunications sector?** Bruxelas: The European Union On-Line. [*on line*] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/dispute.pdf> (Consultado em 30.06.2006).
- GT ARBITRAGEM. *Glossário: métodos de resolução de disputas – RDs.* In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.** Vol. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.
- GUTHRIE, Chris e LEVIN, James. *A “Party Satisfaction” Perspective on a Comprehensive Mediation Statute.* In: **Ohio State Journal on Dispute Resolution.** Ohio, vol. 13, 1998.
- HILL, Richard. **Dispute Resolution in Telecommunications.** Genebra: WWW Multimedia Law. [*on line*] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.oikoumene.com/arblaw.html> (Consultado em 30.06.2006).
- JAPÃO. Ministry of Internal Affairs and Communications. **What is the Telecommunications Business Dispute Settlement Commission?** Tóquio: Ministry of Internal Affairs and Communications. [*on line*] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.soumu.go.jp/hunso/english/tbdc.html> (Consultado em 13.07.2006).

- _____. Ministry of Public Management, Home Affairs, Posts and Telecommunications. International Affairs Department. International Cooperation Division. **Interconnection rules**. Bangkok: Asia Pacific Telecommunity. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.apsec.org/meetings/2004/PRF/documents/INF05-Interconnection-JPN.ppt> (Consultado em 13.07.2006).
- JONES, Colin P. A. **Japan's Telecommunications Business Dispute Resolution Committee**. Londres: BNA International. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.lw.com/resource/publications/_pdf/pub729.pdf (Consultado em 30.06.2006).
- LAENDER, Gabriel Boavista. *Interconexão, unbundling e compartilhamento de meios de redes de telecomunicação*. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 39, nº 154, p. 41-49, abr./jun. 2002.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na Concessão de Serviço Público – Perspectivas*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- _____. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?** Brasília: Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.cacb.org.br/mediacao_arbitragem/artigos/ (Consultado em 30.06.2006).
- LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México, 1999. Manuscrito.
- OLIVEIRA, Artur Coimbra de. *Para a verificação da eficácia de uma mediação transformadora*. In: AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2006. No prelo.
- OTTOW, Annetje. **Dispute resolution under the new European framework**. Amsterdã: Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam, 2003. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.ivir.nl/publicaties/ottow/disputeresolutionundertheneweuframework.PDF> (Consultado em 30.06.2006).
- REZIO, Juliana Oliveira. *Resolução de Conflitos em Compartilhamento de Infra-Estrutura*. In: **Revista Teletime**, Ano 5, n.º 41, fevereiro de 2002.
- RISKIN, Leonard L. *Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes*. Tradução de Henrique Araújo Costa. In: AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- TODOROV, Francisco Ribeiro. *Concorrência em telecomunicações*. Brasília, 2003. Manuscrito.

6.2. INSTRUMENTOS NORMATIVOS

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

- _____. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.
- _____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.
- _____. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações, na forma do Anexo a esta Resolução, ficando revogada a Resolução nº 197, de 16 de dezembro de 1999. Resolução nº 270, de 19 de julho de 2001.
- _____. _____. Aprova o Regulamento de Compartilhamento de Infra-estrutura entre as Prestadoras dos Serviços de Telecomunicações. Resolução nº 274, de 5 de setembro de 2001
- _____. _____. Aprovar os modelos de Contrato de Concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado nas modalidades de serviço Local, Longa Distância Nacional (LDN), e Longa Distância Internacional (LDI) e o Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Telefônico Fixo Comutado (PGMQ) - 2006. Resolução nº 341, de 20 de junho de 2003.
- _____. _____. Aprova o Regulamento Geral de Interconexão. Resolução nº 410, de 11 de julho de 2005.
- _____. _____. Aprova o Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel. Resolução nº 415, de 10 de outubro de 2005.
- _____. _____. Torna sem efeito a publicação da Resolução nº 415. Ato do Conselho Diretor nº 53.660, de 20 de outubro de 2005.
- _____. ANEEL-ANATEL-ANP. Consulta Pública Conjunta nº 2, de 10 de março de 2000. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/acontece_anatel/consulta/2000/consulta_002/coment_cp_conjunta_002_2000.pdf (Consultado em 12.07.2006).
- _____. _____. Aprova o Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo. Resolução Conjunta nº 1, de 24 de novembro de 1999.
- _____. _____. Aprova o Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo. Resolução Conjunta nº 2, de 27 de março de 2001.
- _____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.827, de 1998.
- _____. Ministério das Comunicações. Exposição de Motivos nº 231/MC (Lei Geral de Telecomunicações), de 10 de dezembro de 1996.
- DAKOTA DO NORTE. Article 69-02: Practice and Procedure. Chapter 69-02-10: Arbitration. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.legis.nd.gov/information/acdata/html/69-02.html> (Consultado em 18.04.2006).
- _____. Article 69-02: Practice and Procedure. Chapter 69-02-11: Mediation. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL:

<http://www.legis.nd.gov/information/acdata/html/69-02.html> (Consultado em 18.04.2006).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Telecommunications Act. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.fcc.gov/Reports/tcom1996.txt> (Consultado em 16.10.2006).

INGLATERRA. Communications Act 2003. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.communicationsact.gov.uk/> (Consultado em 13.07.2006).

JAPÃO. Lei Comercial de Telecomunicações. [*on line*] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.soumu.go.jp/joho_tsusin/eng/Resources/laws/2001TBL.pdf (Consultado em 13.07.2006).

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2002/21/EC, de 7 de março de 2002. [*on line*] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l24216a.htm> (Consultado em 13.07.2006).

AS DIRETIVAS EUROPÉIAS E O NOVO REGIME DE AUTORIZAÇÕES GERAIS

Gierck Guimarães Medeiros*

SUMÁRIO

I. A Convergência. II. O Regulamento de SCM e o Projeto de Lei das Agências. III. O Novo Marco Regulatório Europeu. IV. Conclusão. V. Referências Bibliográficas.

I. A CONVERGÊNCIA

Ao se tratar do tema “regime de autorizações gerais”, torna-se necessário fazer uma breve abordagem acerca do fenômeno conhecido como “convergência”. Isto porque aquele (o regime de autorizações gerais) surgiu, no âmbito da comunidade europeia, como uma resposta à convergência no setor de telecomunicações¹. E, antes que se parta para a explanação sobre o que seja convergência e quais os seus reflexos no mercado, interessa ao estudo da matéria classificar os atores desse setor, que, em verdade, representam quatro papéis: (i) consumidor; (ii) provedor de rede; (iii) provedor de serviço (seria aquele que efetivamente oferece o serviço); (iv) provedor de conteúdo (seria aquele que produz o conteúdo da informação).

No entanto, esses papéis costumam, no mais das vezes, confundir-se no cenário das telecomunicações. Não raro, o mesmo provedor de rede é o provedor de serviços – isto fica evidente no serviço de telefonia. Existe, ainda, a possibilidade de os papéis se desdobrarem, como no caso de um provedor de rede de acesso poder ser diferente do provedor de rede *backbone*².

Cumpre, ademais, informar que a digitalização das telecomunicações constitui, inegavelmente, a origem de todo o processo de convergência. Isto se verifica pelo fato de que, a partir do instante em que a informação – seja ela voz, imagens ou dados – pôde ser codificada de uma mesma forma (*binary digits - bits*), houve uma tendência de, cada vez mais, se desvincular o serviço de telecomunicações da sua correspondente rede. Constitui um processo dinâmico que ainda não se findou, podendo ser dividido em três fases.

A primeira corresponderia à fase em que serviços e redes são conceitos imbricados de tal forma que estas definem aqueles. Assim, o serviço de telefonia, por exemplo, seria aquele prestado por meio da rede de telefonia.

O momento seguinte – influenciado pela digitalização da informação – albergaria rol de serviços que não mais se vinculam à determinada rede, podendo ser prestados por redes diversas (ex. celulares que transmitem dados, como acesso à Internet e envio de mensagens, ou também o serviço de radiodifusão via Internet). Deve-se, entretanto, esclarecer que esses serviços não são prestados, necessariamente, com a qualidade idêntica ou superior àquele prestado em sua plataforma original. Em

* Advogado, Especialista em Regulação de Telecomunicações e Membro do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB.

¹ Em verdade, o setor de telecomunicações europeu sofreu profundas modificações, iniciadas em 2002, com a proposta de um novo modelo regulatório para o setor, conforme se verá adiante.

² Conjunto de circuitos, geralmente de alta velocidade, que formam os segmentos principais de uma rede de comunicações, e onde os segmentos secundários se ligam.

outros termos, os serviços migrariam para outras plataformas, diversificando-se a lista de possibilidades de acesso a estes. Corresponde este momento à fase atual, em que serviços de telefonia e de acesso à Internet são prestados por operadoras de TV a Cabo, por exemplo. Apesar disto, os regulamentos ainda definem os serviços a partir da infraestrutura que transporta o conteúdo. Isto pode gerar, como se verá à frente, graves problemas ao regulador e aos investidores do setor.

Por fim, haveria um terceiro estágio do processo de convergência em que as limitações qualitativas, de mercado ou regulatórias seriam superadas e os diferentes serviços convergiriam para uma única plataforma³. Delineia-se, a partir dessa fase, um novo desenho do mercado e o surgimento de novos agentes nos diversos setores de telecomunicações e radiodifusão.

A prática dessa linguagem comum (*bits*) torna possível o que os estudiosos da área denominam *convergência*, que pode apresentar um viés tecnológico e um outro respeitante aos serviços.

Entende-se por convergência de tecnologias a capacidade de diversas plataformas de rede transportarem tipos diversos de serviços, ou seja, a convergência possibilita transmissão de todos os tipos de conteúdo (dados voz, imagens, etc.) por meio de qualquer rede (de telefonia, de transmissão de dados, de televisão por cabo, etc.). Ressalte-se que esta possibilidade já é uma atual realidade.

Por seu turno, a convergência de serviços configuraria a capacidade de oferecer novos serviços que combinem características de mais de um dos três setores convergentes. Estes novos serviços estão sendo desenvolvidos e alguns deles estão sendo já introduzidos no mercado (v.g. o serviço de Voz sobre IP).

A Comissão Européia ao abordar o tema no “Livro Verde”, de dezembro de 1997, entende convergência como: “*capacidade de diferentes plataformas de rede servirem de veículo a serviços essencialmente semelhantes, ou a junção de dispositivos do consumidor como o telefone, a televisão e o computador pessoal*”⁴. E, além da conceituação *supra*, classifica em três tipos o fenômeno, incluindo, além da convergência de tecnologia e de serviços, a convergência da indústria de equipamentos ligados a estes três setores, conforme se extrai da transcrição abaixo:

*“O potencial de mudança resultante do fenômeno de convergência pode ser visto a três níveis diferentes (tecnologia, indústria, serviços e mercados)”*⁵.

Entretanto, entendendo a convergência da indústria como uma consequência das duas primeiras classificações, não se adotará esta terceira.

³ É a chamada *Next Generation Network* – NGN. Seriam redes unificadas, baseada em tecnologia IP – *Internet Protocol* -, capazes de prover acesso a diversos serviços de comunicação para os mais diversos perfis de usuários. Muitos estudiosos do setor apontam para a migração das atuais redes para a rede IP.

⁴ COMISSÃO EUROPÉIA. *Livro Verde relativo à Convergência dos Setores das Telecomunicações, dos Meios de Comunicação Social e das Tecnologias da Informação e às suas Implicações na Regulamentação: para uma abordagem centrada na sociedade da informação*. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.icp.pt/streaming/livroverde.pdf?categoryd=18043&contentId=26202&field=ATTACHED_FILE (Consultado em 31.05.2006), p. 1.

⁵ COMISSÃO EUROPÉIA. *Livro Verde relativo à Convergência dos Setores das Telecomunicações, dos Meios de Comunicação Social e das Tecnologias da Informação e às suas Implicações na Regulamentação: para uma abordagem centrada na sociedade da informação*. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.icp.pt/streaming/livroverde.pdf?categoryd=18043&contentId=26202&field=ATTACHED_FILE (Consultado em 31.05.2006), p. 2.

Certo é que este fenômeno permite, como se pode apreender da transcrição acima, a conjunção de diversos serviços em um único aparelho, independentemente da rede utilizada (Voz sobre IP, TV Digital, radiodifusão de som ou som e imagem pela Internet). Todavia, este novo cenário de convergência traz consigo inúmeras complicações de ordem regulatória, pois, como já fora dito, o modelo brasileiro trata diferentemente os serviços que são definidos não a partir do conteúdo em si, mas pela rede que lhe serve de suporte. A respeito deste modelo, Dílio Penedo e José Roberto de Souza Pinto preceituam:

*“O modelo de competição que vem sendo adotado segue, regra geral, o princípio de competição baseada nas infra-estruturas. Essencialmente, corresponde ao modelo implantado nos Estados Unidos a partir da desregulamentação dos serviços de longa distância. Segundo este modelo, a concorrência se dá pela oferta de infra-estruturas de redes paralelas que suportam os serviços que cada prestadora oferece”*⁶.

Assim, o serviço de telefonia caracteriza-se pela utilização da rede de telefonia. A título de exemplo, vale transcrever a definição do Serviço de Telefonia Fixo Comutado (STFC), trazida pela ANATEL:

*“O Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) é o 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**”*⁷ (grifos nossos).

O serviço televisivo, por definição, seria aquele que se utiliza da transmissão por meio de ondas eletromagnéticas, propagando-se no espaço ou por cabo, podendo ser paga ou aberta ao público, com exclusão dos serviços de telecomunicações. Já o conceito de tecnologia da informação, diz respeito ao conjunto de tecnologias que suportam os sistemas informáticos.

Desta feita, o fato de a regulação fundar-se na rede, e não no serviço em si, pode gerar, em meio a um ambiente convergente, inúmeras dúvidas por parte do regulador e até mesmo dos prestadores, além de dar margem à possibilidade de os agentes do setor se esquivarem de certas obrigações e vedações decorrentes da prestação do próprio serviço. Tome-se, por exemplo, fato ocorrido há pouco na campanha eleitoral francesa. Naquela oportunidade, havia regras que proibiam os meios de comunicação de divulgarem os resultados da pesquisa de intenção do eleitorado às vésperas das eleições. Frustrando as expectativas do regulador, os editores ignoraram a proibição e divulgaram o resultado pela Internet. Tal fato, além de tornar patente a insegurança regulamentar, ainda colocou em desvantagem os meios de comunicação social tradicionais.

⁶ PENEDO, Dílio; PINTO, José Roberto de Souza. *Convergência Tecnológica e Redes Multisserviços*. In: Informe Anual 2000: telecomunicações e tecnologias da informação. São Paulo: CELAET/UNIEMP, 2000, p. 192.

⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.anatel.gov.br/telefonia_fixa/stfc/stfc.asp?CodArea=26&CodTemplate=32 (Consultado em 31.05.2006).

Essa insegurança, por conseqüência, carrega um certo conteúdo valorativo para o investidor e para o mercado, que podem se sentir apreensivos e não investir no setor. A falta de investimentos, por conseguinte, reflete-se no setor terciário correspondente, na indústria de equipamentos eletroeletrônicos, aumenta o índice de desemprego, coloca o produto nacional (de inferior qualidade pela própria falta de investimentos necessários) em desvantagem ante a concorrência internacional. Apresenta, enfim, um sinal negativo para o desenvolvimento do País. Portanto, a adequada regulação deste cenário de convergência vai muito além do caráter meramente regulamentar.

Um outro enfoque, que deve ser abordado, toca questão referente à diversidade dos serviços, ao incremento da oferta e à sua qualidade. A adoção de medidas nesse sentido constitui dever do Poder Público, conforme o texto da própria Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97 – LGT) que apregoa:

*“Art. 2º O Poder Público tem o dever de:
III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;”*

Adiante, o mesmo texto legal assenta:

*“Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:
I - a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade.”*

Nesse sentido, segue Catherine Smardja ao comentar os objetivos da Agência reguladora de seu país (Reino Unido):

*“Portanto, em resumo, estes objetivos são descritos como três temas principais (...): Fazer do Reino Unido o mercado mais dinâmico e competitivo do mundo; **assegurar acesso universal a uma escolha de serviços diversos da mais alta qualidade possível**; e assegurar cidadãos e consumidores sejam salvaguardados (...). Esses objetivos determinam um quadro regulador adaptado a um mundo convergente”⁸.*

Atente-se para o fato de que, tanto na transcrição do art. 127 da LGT, quanto no ensinamento da palestrante acima transcrito, utiliza-se a palavra “consumidor” para designar o destinatário do serviço de comunicação. Infere-se daí, a preocupação com o mercado residencial, com a pessoa física, com o cidadão comum –

⁸ MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Seminário Internacional de Radiodifusão*. [on line] Disponível na internet via WWW. URL: http://www.mc.gov.br/rtv/seminarios/seminario_telec.pdf (Consultado em 17.12.2002), p. 60 [grifo nosso].

considerando que, raras vezes, o cliente corporativo possa ser tido como consumidor, ante o fato de não ser ele, via de regra, o destinatário final do produto ou serviço⁹.

Esta afirmativa será de grande valor quando se comentar o regulamento de Serviço de Comunicação Multimídia – SCM –, que normatiza a prestação do serviço convergente no País e que se destina ao mercado corporativo, apesar de não vedá-lo, explicitamente, ao mercado residencial.

Assim, a convergência serve de instrumental a estas finalidades, pelo fato de, cada vez mais, proporcionar diversos serviços, que tendem à melhora linear na qualidade, podendo incorrer, além do mais, numa redução substancial de custos, considerando o aproveitamento da parte ociosa da rede.

A redução do preço final dos serviços prestados ao consumidor pode se justificar, ainda, pelo aumento da concorrência entre agentes pertencentes a segmentos antes distintos (ex. Prestadora de serviço de TV a cabo que fornece serviço de telefonia; serviço de radiodifusão através *Web*, comércio eletrônico a partir do aparelho de Televisão - TV Digital, etc.). Esse fator, por óbvio, desperta enorme preocupação em alguns prestadores de serviços de telecomunicações, radiodifusão e TV por Assinatura, considerando-se que a convergência de serviços pode levar à bancarrota empresas pertencentes a determinados segmentos do setor de telecomunicações que, na atualidade, não vivem seus melhores dias¹⁰.

Sob a óptica da concorrência, a tendência é de que o mercado relevante¹¹ se amplie. A convergência gera, supostamente, a substituíbilidade entre os

⁹ O Código de Defesa do Consumidor traz a seguinte definição de consumidor: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como **destinatário final**” [grifo nosso]. No mesmo sentido, e adotando a teoria finalista, o Supremo Tribunal Federal - STF - já se pronunciou de forma a afastar a aplicação do CDC na relação jurídica entre duas pessoas jurídicas, vez que a pessoa jurídica, em tese, não seria a destinatária final do produto/serviço. Vide Sentença Estrangeira Contestada (SEC) nº 5.847, STF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, unânime, DJ de 12/12/1999. O Superior Tribunal de Justiça – STJ –, por seu turno, tem relativizado o conceito de consumidor, para permitir que pessoas jurídicas de pequeno porte também sejam tidas como consumidores nos casos em que: 1) a pessoa jurídica seja destinatária final do produto ou serviço; 2) reste comprovada a hipossuficiência destas em relação a seus fornecedores; 3) não haja conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica desenvolvida (ou seja, não transformação ou integração do produto ou serviço no objeto de comércio da empresa). A esse respeito, os seguintes julgados: 1) Conflito de Competência (CC) nº 41.056, STJ, Relª. Minª. Nancy Andrighi, 2ª Seção, DJ de 20/09/2004; 2) Recurso Especial (REsp) nº 476.428, STJ, Relª. Minª. Nancy Andrighi, 3ª Turma, unânime, DJ de 09/05/2005.

¹⁰ “A WorldCom, operadora de telefonia de longa distância dos Estados Unidos em concordata depois de ter fraudado seu balanço em US\$ 9 bilhões, amargou um prejuízo de US\$ 108 milhões em setembro” (GAZETA MERCANTIL. *WorldCom registra prejuízo*. Banco de Notícias em 12.11.2002 [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.investnews.com.br/banco_noticias/noticia_ler.asp?noticia=1678991&canal (Consultado em 17.12.2002)). Quanto à TV por Assinatura, a crise neste segmento já não é segredo, apesar de recentes notícias apontarem para uma perspectiva estagnação do quadro de crise para o segmento. Já na radiodifusão, vale o ensinamento de Catherine Smardja quanto à queda da receita da TV com a redução de gastos com publicidade em seu país, que bem reflete o quadro geral do setor: “Uma grande preocupação para as empresas é que o mercado de publicidade esta decaindo... De modo geral, o mercado publicitário no Reino Unido para todas as mídias caiu em 10%” (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Seminário Internacional de Radiodifusão*. [on line] Disponível na internet via WWW. URL: http://www.mc.gov.br/rtv/seminarios/seminario_telec.pdf (Consultado em 17.12.2002), p. 70.

¹¹ “(...) para determinar qual o mercado em que se encontra um agente econômico fabricando o produto ‘X’, é necessário verificar (a) que produtos o consumidor (demanda) vê como substitutos de ‘X’ e (b) quais os produtores podem razoavelmente entrar no mercado de ‘X’ para produzi-lo” (FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 98). Gesner Oliveira, por sua vez define mercado relevante como “o espaço no qual é plausível supor que haja abuso da posição dominante, ou seja, abuso de poder de mercado” (OLIVEIRA, Gesner. *Convergência*

vários serviços, diluindo o poder de mercado, além de reclamar por um ajustamento da regulação e da definição de mercado relevante para determinado serviço. A análise do abuso de poder de mercado, por conta da inovação tecnológica, tende a ficar mais complexa, com a dificuldade de se delimitar o mercado relevante, havendo a possibilidade de se conduzir a proteção de um grupo de agentes em detrimento de outros.

“A determinação do mercado relevante, tanto de produto como geográfico é imprescindível para delimitar o âmbito dos efeitos dos comportamentos potencialmente anticompetitivos. Nos mercados de telecomunicações a delimitação do mercado relevante adquire uma grande dificuldade, devido à rápida transformação dos diferentes mercados, especialmente a partir do processo de convergência com os setores audiovisual e de informática”¹².

II. O REGULAMENTO DE SCM E O PROJETO DE LEI DAS AGÊNCIAS

Diante desses reflexos (positivos e negativos) oriundos da regulação dos setores envolvidos, tornou-se imperativa a discussão preliminar sobre a bipartição de competências entre o Ministério das Comunicações e da ANATEL no atual cenário, bem como a partição de competências que se apresenta para um futuro não muito distante, com o Projeto de Lei nº 3.337/2004, que tramita na Câmara dos Deputados¹³.

Em atendimento à demanda de mercado por serviços convergentes e aos avanços da tecnologia neste campo, a ANATEL publicou, em 9 de agosto de 2001, a Resolução nº 272, que aprova o regulamento a ela anexo e que disciplina a prestação e fruição do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM¹⁴.

Este regulamento, em seu art. 3º, *caput*, define o que venha a ser o referido serviço, conforme transcrição abaixo:

“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 [prestado por autorizatárias, portanto não sujeito a metas de universalização], que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia,

Tecnológica muda Cenário. In: Valor Econômico. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.valoronline.com.br/valoreeconomico/materiao.asp?id=1566378&ed_ref=4 (Consultado em 12.12.2002).

¹² MONTERO, Juan J.; BROKELMANN, Helmut. *Telecomunicaciones y Televisión: la nueva regulación en España*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 415 [tradução nossa].

¹³ Disponível na Internet via WWW. URL: http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/pr op_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2004&Numero=3337&sigla=PL (Consultado em 31.05.2006).

¹⁴ O Regulamento que dispõe sobre o Serviço de Comunicação Multimídia está disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/biblioteca/resolucao/2001/res_272_2001.pdf (Consultado em 31.05.2006).

utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço”. [comentários nossos]

O art. 4º, I, desse regulamento, de forma esclarecedora, vem definir o que seja *informação multimídia*:

“Art. 4º Para os fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

I - Informações Multimídia: sinais de áudio, vídeo, voz e outros sons, imagens, textos e outras informações de qualquer natureza;”¹⁵.

Apesar do fato de a regulamentação da prestação de serviços convergentes buscar uma resposta aos reclamos do mercado, não se pode perder de vista que o mesmo regulamento veda a plena concorrência entre os serviços convergentes e os serviços básicos de telefonia, radiodifusão aberta e TV por Assinatura. Verifica-se esta afirmação a partir da dicção do parágrafo único, do art. 3º e do art. 66 desse regulamento, que assentam:

“Art. 3º(...)

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)

(...)

Art. 66. Na prestação do SCM não é permitida a oferta de serviço com as características do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral (STFC), em especial o encaminhamento de tráfego telefônico por meio da rede de SCM simultaneamente originado e o encaminhamento de tráfego telefônico por meio da rede de SCM simultaneamente originado e terminado nas redes de STFC”.

Vale, a partir da dicção do art. 66 *supra*, diferenciar o STFC e o serviço telefonia fornecido pelo prestador de SCM, para um melhor entendimento da vedação constante no dispositivo normativo. O primeiro tem por característica o fato de os dois pontos da comunicação estarem na rede pública. Desta feita, a chamada é originada em um ponto na rede pública de telefonia fixa, e destina-se a um outro ponto dessa mesma rede. Enquanto o segundo caracteriza-se pelo fato de que, pelo menos, um dos pontos reside na rede privada. Assim, o serviço de voz corporativa do SCM não concorreria com o STFC, segundo o próprio regulamento.

¹⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. *Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia: anexo à resolução nº 272, de 9 de agosto de 2001.* [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/biblioteca/resolucao/2001/res_272_2001.pdf (Consultado em 17.12.2002).

Contudo, as *incumbents* (concessionárias do serviço de telefonia) têm questionado a prestação desse serviço, por entenderem que a comunicação multimídia, nessa medida, concorre com a telefonia fixa e, inexoravelmente, subtrai-lhe fatia de mercado que antes lhe pertencia. Ressalte-se, porém, o fato de as próprias concessionárias prestarem o serviço de voz corporativa do SCM, apesar de o questionarem, com a vantagem de que não precisam pagar pelo acesso à rede pública, pelo fato de serem elas mesmas as detentoras dessa infra-estrutura – isto significa uma importante redução de custos, pois parcela considerável da receita das prestadoras de SCM vai para o pagamento do acesso à rede (pública) de telefonia das concessionárias¹⁶. Tome-se por exemplo a Telefônica Empresas e a Pégasus Telecom (pertencente ao grupo Telemar), que prestam o SCM.

O que não se pode perder de vista, definitivamente, é o fato de a Agência, supostamente, ter protegido o mercado de radiodifusão, TV por Assinatura e telefonia, criando nova categoria de serviços que, *prima facie*, poderiam ser concorrentes daquelas.

Esta decisão de criar uma nova categoria de serviços – SCM –, ao que tudo indica, seguiu a orientação da Comissão Européia, que, na oportunidade da publicação do “Livro Verde”, apresentava três propostas para a adoção de um modelo regulatório desenhado para o novo cenário que surge.

A primeira opção prezava pelo respeito aos diferentes regimes atuais, reformando-os à medida que a evolução tecnológica e dos mercados assim o exija. A segunda alternativa acenava para a criação de uma categoria à parte, paralela à dos serviços de telecomunicações, de radiodifusão e TV por Assinatura, que incluísse os novos serviços. Ressalte-se que este modelo em muito se assemelha ao desenhado pela ANATEL com a introdução do regulamento de comunicação multimídia, uma vez que este aparta os novos serviços em uma categoria diversa. Por fim, a terceira opção consistia na introdução gradual de um novo regime jurídico para todos os serviços que, a partir dos regimes existentes, eliminasse as incoerências. Importante esclarecer que esta última proposta foi a que prevaleceu no âmbito comunitário europeu, conforme se verá adiante.

Frise-se, também, que a publicação do regulamento do SCM destinou-se, tão-somente, à simplificação do arcabouço regulatório, substituindo a regulamentação do Serviço Limitado Especializado (SLE) e do Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações (SRTT) por um único texto regulamentar. Estes serviços, ressalte-se, não eram abertos à correspondência pública, destinando-se ao mercado corporativo¹⁷, como se pode extrair das próprias definições apresentadas pela ANATEL:

¹⁶ “...as operadoras têm obrigação de viabilizar o acesso final, mas podem cobrar o que considerarem adequado, o que algumas vezes chega a triplicar o custo fixo da prestadora SCM. Outro ponto relevante é que, na maioria das vezes, esta incumbent oferece os mesmos serviços ao mercado corporativo daquela região” (WORLDTELECOM. *SCM na berlinda: entre a competição e o monopólio*. Especializadas. Disponível na Internet via WWW. URL: http://worldtelecom.idg.com.br/wt/especializadas/2002/11/0001/index_versao_imprimir (Consultado em 21.11.2002).

¹⁷ Aliás, deve-se trazer à baila trecho do artigo publicado na WorldTelecom que é, em grande medida esclarecedor, com relação à destinação do SCM ao mercado corporativo: “As empresas que sempre quiseram, mas ainda não podiam abocanhar um pedaço do filão mais disputado no mercado de telecomunicações – o **usuário corporativo** – finalmente tiveram suas preces ouvidas. Desde o primeiro semestre deste ano, elas estão obtendo junto à Anatel licenças para a prestação de Serviços de Comunicação Multimídia (SCM), que ampliam positivamente o escopo dos Serviços Limitados Especializados (SLEs) ao mesmo tempo em que inauguram uma nova etapa na competição pela prestação de serviços de telecomunicações” (WORLDTELECOM. *SCM na berlinda: entre a competição e o*

“O Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações é destinado a transportar sinais de voz, telegráficos, dados ou qualquer outra forma de sinais de telecomunicações entre pontos fixos”¹⁸.

“É o serviço não aberto à correspondência pública, destinado a prover telecomunicações entre pontos distribuídos, de forma a estabelecer redes de telecomunicações distintas a grupos de pessoas jurídicas que realizam uma atividade específica”¹⁹.

Assim, o SCM não abraça todos os serviços convergentes, vez que regulamenta somente serviços não abertos à correspondência pública, como já mencionado anteriormente, sendo destinados ao transporte de sinais – excluindo-se, portanto, os serviços destinados à distribuição de conteúdo.

Controvérsias, inclusive judiciais²⁰, têm marcado a discussão sobre o âmbito de atuação do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), pois a convergência se interpenetra em todos os segmentos e com todos concorre, ao menos em tese. Diante desse fato, representantes do setor de radiodifusão e de TV por Assinatura, ingressaram em juízo com uma ação cautelar, impugnando o art. 67 do Regulamento de SCM que dispõe *in verbis*:

“Art. 67. Na prestação do SCM é permitido o fornecimento de sinais de vídeo e áudio, de forma eventual, mediante contrato ou pagamento por evento”.

O claro temor dos autores da ação cautelar era de que o prestador de SCM viesse a substituí-los como prestadores de serviço de distribuição de conteúdo, ante à possibilidade, ainda que eventual, de fornecimento de serviços como *video on demand* (serviço no qual o cliente escolhe o programa que quer assistir e paga por ele), por exemplo. Vale informar que a Juíza Lília Botelho Neiva, da 4ª Vara da Justiça Federal de Brasília, negou provimento ao pedido constante na ação cautelar, por entender que *“o serviço regulamentado pela resolução refere-se apenas à oferta de capacidade de transmissão, não englobando divulgação de conteúdo, o qual deve ser objeto de autorização pertinente”²¹.*

monopólio. Especializadas. Disponível na Internet via WWW. URL: http://worldtelecom.idg.com.br/wt/especializadas/2002/11/0001/index_versao_imprimir (Consultado em 21.11.2002) [grifo nosso].

¹⁸ Definição de Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações - SRTT. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.anatel.gov.br/outros/srtt/srtt.asp?CodArea=28&CodTemplate=320> (Consultado em 31.05.2006).

¹⁹ Definição de Serviço de Rede Especializado, modalidade do SLE. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.anatel.gov.br/index.asp?link=/ajuda/duvidas/sev_rede_circuito.htm?Cod=351 (Consultado em 31.05.2006).

²⁰ GAZETA MERCANTIL. *Presidente da Anatel critica TVs que questionam SCM*. Banco de Notícias em 12.11.2002. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.investnews.com.br/banco_noticias/noticia_ler.asp?noticia=1308240&cana (Consultado em 14.11.2002).

²¹ GAZETA MERCANTIL. *WorldCom registra prejuízo*. Banco de Notícias em 29.11.2001 [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.investnews.com.br/banco_noticias/noticia_ler.asp?noticia=1308240&cana (Consultado em 14.11.2002).

Intentando dar fim à discussão e às incertezas, a ANATEL editou a Súmula nº 006²², de 24 de janeiro de 2002, ratificando esta distinção entre a comunicação multimídia e os serviços de radiodifusão e TV por Assinatura, ao apregoar que:

“A prestação do Serviço de Comunicação Multimídia não admite a transmissão, emissão e recepção de informações de qualquer natureza [portanto, destina-se apenas à transmissão de sinais] 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.” [comentários nossos].

Não convencido da solução apresentada pelo regulador, o Presidente da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT – encaminhou à ANATEL carta solicitando a edição de novo regulamento de comunicação multimídia, que evidencie, definitivamente, sua característica de serviço destinado à transmissão de sinais (e não de distribuição de conteúdo, como a radiodifusão). Alegava, ainda, que a Súmula não esclareceu este ponto e que não tinha força suficiente para elucidar essa questão.

A resposta da Agência foi no sentido de que a comunicação multimídia não veio para competir com a televisão aberta ou por assinatura. Destina-se, somente, ao transporte de sinais. Inclusive, o regulamento em discussão permite às operadoras de SCM transportarem imagem e áudio para as próprias empresas de TV, a exemplo da Embratel²³.

Face ao acima exposto, exsurtem as seguintes indagações:

Foi acertada a decisão da Agência em regulamentar, a partir da edição da Resolução nº 272/2002, apenas os serviços convergentes destinados ao mercado corporativo e à transmissão de sinais?

Não abrir o mercado de telefonia, radiodifusão e TV por Assinatura à comunicação multimídia não seria um óbice à plena concorrência?

Apesar de a resposta soar óbvia, a questão merece uma análise mais aprofundada, considerando a especificidade do tema e os reflexos que eventual crise nesses mercados possa ensejar.

Alguns tomam posição contrária à opção da Agência, lançando mão de fortes argumentos, que não podem e não devem ser desconsiderados. O primeiro deles seria o fato de que essa postura do Órgão oferece óbice à efetivação da plena concorrência, na medida em que protege os serviços básicos (telefonia, radiodifusão e TV por Assinatura), que, certamente, teriam de se adaptar aos novos concorrentes.

²² Este documento está disponível na Internet via WWW. URL: http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/biblioteca/sumulas/sumula_006_2002.pdf (Consultado em 10.10.2002).

²³ Cf. GAZETA MERCANTIL. *Presidente da Anatel critica TVs que questionam SCM*. Banco de Notícias em 12.11.2002 [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.investnews.com.br/banco_noticias/noticia_ler.asp?noticia=1308240&cana (Consultado em 17.12.2002).

Em segundo lugar, essa distinção impede a realização de um dos objetivos legais do Órgão – a diversidade de serviços – constantes nos arts. 2º, III, e 127, I, da Lei Geral de Telecomunicações, já tratados neste estudo.

Por último, há quem alegue que a adoção desse modelo, que consagra nova categoria para os serviços convergentes, com o intuito de manter intactos os serviços de telefonia, radiodifusão e TV por Assinatura, não é o mais sensato. Aduz-se para tanto, que esta opção restou vencida, quando da discussão entre os Estados-membros da União Européia acerca dos modelos propostos pela Comissão Européia – em momento posterior à publicação do “Livro Verde”.

*“A opção 2 consistia na criação de uma terceira categoria, junto à de serviços de telecomunicação e serviços de radiodifusão, que incluísse os novos serviços que reúnem traços de ambos setores. Esta opção recebeu um apoio minoritário encabeçado por atores alemães, dado que esta foi a opção do Legislador nacional”*²⁴.

A segunda corrente, por seu turno, aponta para o fato de que a inserção no mercado, residencial principalmente, de serviços dessa magnitude, talvez não traria o retorno esperado, agravando sobremaneira a crise em que alguns desses segmentos se encontram²⁵.

Alegam, ainda, que a convergência a ser implementada no modelo de regulação em que o País se apresenta (o setor de radiodifusão regulado pelo Ministério das Comunicações e as telecomunicações reguladas pela Agência) é possibilidade bastante remota. Isto porque a bipartição de competências, em verdade, inviabilizaria uma regulamentação una para os serviços convergentes, além de gerar no investidor uma certa insegurança, podendo afetar, inclusive, a oferta de serviços, contrariando, assim, o ideal de diversidade. Isto se confirma a partir de relatos da Comissão Européia transcritos abaixo:

*“(...) as características futuras dos serviços podem fazer com que abranjam mais do que uma área regulamentar, com base nas definições atuais. Esta situação pode traduzir-se em imposições regulamentares desproporcionadas a certos serviços (...) A oferta de serviços pode ser dificultada se os intervenientes no mercado estiverem sujeitos a vários regimes regulamentares ou se tiverem de se dirigir a vários organismos regulamentadores, como no caso de uma rede para a qual tem de se obter uma licença enquanto infra-estrutura de telecomunicações e enquanto rede de radiodifusão, por ser utilizada para oferecer ambos os serviços”*²⁶.

²⁴ MONTERO, Juan J.; BROKELMANN, Helmut. *Telecomunicaciones y Televisión: la nueva regulación en España*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 497 [tradução nossa].

²⁵ Ver nota 11 do presente estudo.

²⁶ COMISSÃO EUROPÉIA. *Livro Verde relativo à Convergência dos Setores das Telecomunicações, dos Meios de Comunicação Social e das Tecnologias da Informação e às suas Implicações na Regulamentação: para uma abordagem centrada na sociedade da informação*. [on line] Disponível na Internet via WWW.URL: http://www.icp.pt/streaming/livroverde.pdf?categoryd=18043&contentId=26202&field=ATTACHED_FILE (Consultado em 31.05.2006) p.22.

Deste modo, antes de se falar em regulamentação una, deve-se falar em regulação una (normatização, fiscalização, aplicação de sanções de ordem administrativa, etc). A regulação das comunicações (radiodifusão e telecomunicações), num ambiente de convergência, exige primeiramente a consolidação do poder de regular nas mãos de um único agente²⁷.

Cumpra informar que a idéia de concentração do poder regulatório já é realidade em diversos países, principalmente europeus, que, atentos ao fenômeno da convergência, já se adiantaram e estão colocando em prática esse modelo. Exemplo desses países são a Itália (AGCOM), Portugal (ANACOM) e Reino Unido (OFCOM).

Aqui no Brasil, pretende-se, com o projeto de lei das agências (PL 3.337/2004, apensado ao PL 2.633/2003) que tramita na Câmara dos Deputados, a transferência do Poder Concedente para as mãos do Ministério das Comunicações, pelo menos no que respeita à exploração de serviços no regime público. Assim, passariam a ser outorgadas as concessões para prestação do STFC²⁸ pelo Ministério das Comunicações, desde que precedidos de manifestação formal do Conselho-Diretor da Anatel. Não é outro senão esse o teor do art. 18-A da LGT, a ser incluído pelo referido projeto, caso este venha a se converter em lei:

“Art. 18-A. Cabe ao Poder Executivo, na condição de Poder Concedente, editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público, e celebrar contratos de concessão para a prestação do serviço no regime público.

§ 1º Os atos previstos nos caput deste artigo:

I - deverão ser precedidos de manifestação formal do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL;

II - poderão ser delegados à ANATEL, a critério do Ministro de Estado das Comunicações”.

O efeito prático deste dispositivo pode ser, em certa medida, danoso para o setor de telecomunicações nacional. Já é cediço que a regulação provinda de um único ente regulador é questão central para que sejam feitos investimentos no País, principalmente os serviços de telecomunicações, que exigem investimentos de grande monta. Em outras palavras, é sabido que a questão da confusão na atribuição de competências é um ponto que interfere no quesito “segurança regulatória”.

Logo, essa partição de atribuições pode complicar ainda mais a formulação de soluções para um mercado convergente. Não bastasse a divisão entre radiodifusão (a cargo do Ministério²⁹) e telecomunicações (a cargo da Anatel), que já

²⁷ Essa é a orientação da Comunidade Européia, externada na Diretiva-Quadro (Diretiva n° 2002/20/CE), que assim dispõe: “(19) As radiofrequências constituem um recurso essencial para os serviços de comunicações electrónicas assentes nas radiocomunicações, devendo, na medida em que estejam associadas a estes serviços, ser atribuídas e consignadas pelas autoridades reguladoras nacionais de acordo com um conjunto de objectivos e princípios harmonizados que rejam as suas actividades, bem como com critérios objectivos, transparentes e não discriminatórios, tomando em consideração os interesses democráticos, sociais, linguísticos e culturais relacionados com a utilização da frequência. É importante que a atribuição e a consignação de radiofrequências sejam geridas tão eficientemente quanto possível”.

²⁸ O Serviço de Comunicação Digital (SCD) seria um outro exemplo de serviço de telecomunicações, cuja a prestação poderia se dar sob o regime público. Apesar de cogitada a sua criação pela Anatel, o SCD ainda não existe efetivamente.

²⁹ Registre-se que essa proposição é um tanto generalista. Não podemos esquecer que, no que se refere à radiodifusão, cabe à Anatel a fiscalização da utilização do espectro de radiofrequência. A esse respeito, vide nota 34.

traz inúmeros transtornos³⁰, quer-se, ainda mais, fragmentar o Poder Concedente dos serviços de comunicações.

Não foi à toa que no Reino Unido reuniram-se os cinco reguladores do setor de comunicações em um único ente – o OFCOM. A mesma linha adotou Portugal (ANACOM) e a Itália (AGCOM). Em resumo, a tentativa foi de se eliminar qualquer sobreposição de atribuição ou possibilidade de choque entre autoridades públicas na regulamentação do setor de comunicações (radiodifusão + telecomunicações).

Ao que tudo indica, o Brasil tenciona seguir em sentido diverso³¹, de modo a conferir o Poder Concedente para prestação dos serviços de radiodifusão de sons (rádio) e de sons e imagens (televisão) a cargo do Ministério das Comunicações (MiniCom), observando-se o procedimento previsto no art. 223, *caput* e § 1º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88). A esse respeito, vale trazer à colação o referido dispositivo, *verbis*:

Art. 223 – Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

§ 1º. O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, §§ 2º e 4º, a contar do recebimento da mensagem.

Grosso modo, conforme se depreende do dispositivo constitucional acima transcrito, a outorga da concessão/permissão/autorização para a prestação dos serviços de rádio e TV fica incumbida àquele órgão da Administração Direta (MiniCom), seguido da apreciação da apreciação pelo Congresso Nacional³².

Por seu turno, restou a função de Poder Concedente dos demais serviços de telecomunicações à Anatel, por força do art. 21, XI, da CF/88, *in verbis*:

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. (grifo nosso)

³⁰ Por exemplo, a questão da TV digital. Quem iria regular esse segmento? A Anatel ou o Ministério? Anteprojeto de Lei, que dispunha sobre os serviços de radiodifusão, previam que a regulação dos serviços acessórios à radiodifusão seriam organizados pelo Ministério. Contudo esse anteprojeto, como se verificou posteriormente, não chegou sequer a ser enviado ao Congresso para votação, dada a necessidade de alguns ajustes em seu texto.

³¹ Também, adotando postura semelhante, segue o modelo de regulação espanhol. Consoante o disposto nos arts. 47 e 48 da Lei nº 32/2003, a Lei Geral de Telecomunicações daquele país, a gestão do espectro de radiofrequência compete à Agência Estatal de Radiocomunicações, enquanto à Comissão de Mercado das Telecomunicações compete a regulação das redes e serviços de comunicações eletrônica.

³² Contudo, pode-se dizer que a regulação do serviço de radiodifusão não se dá por completo pelo Ministério das Comunicações. Isto porque a regulação da faixa de radiofrequência destinada ao serviço de radiodifusão cabe à Anatel (Lei Geral das Telecomunicações, arts. 160, 163 e 158, § 1º, III). Assim, denota-se certa invasão de competência da agência reguladora, mesmo que indiretamente, no que toca ao serviço de radiodifusão. Esta ingerência do Agência, tem criado enorme discussão de caráter político, uma vez que, a prestação deste serviço (radiodifusão) depende, em grande medida, da concessão do uso de determinada faixa do espectro de frequência, sendo esta outorgada pela Anatel.

Despiciendo dizer que essa bipartição de atribuições pode dificultar, em grande medida, a adoção de modelo regulatório que contemple a convergência de serviços e a ela ofereça resposta.

Como se não bastasse o já dividido rol de atribuições e, na tentativa de conferir maior poder ao MiniCom, aventa-se a hipótese de o Poder Concedente recair, também, nas mãos do MiniCom, no que respeita aos serviços de telecomunicações sob o regime público³³. Não fosse suficiente a divisão de atribuições entre radiodifusão/telecomunicações, quer-se ainda atribuir ao Ministério o Poder Concedente da modalidade “regime público” para prestação do serviço de telecomunicações³⁴.

Trata-se de atitude impensada, que requer maiores considerações. Avizinha-se ao setor um cenário de completa convergência. Nesse contexto, a própria distinção ente regime público/privado de prestação de serviços restará comprometida. Ressalte-se que a principal diferença entre estes regimes está no fato de os prestadores de telecomunicações no regime público estarem ligados a obrigações de universalização e de continuidade³⁵. Afora essas nuances não há maiores divergências entre os regimes para a prestação dos serviços de telecomunicações.

A esse respeito, pensemos no ícone da convergência, a TV digital. Esta nova funcionalidade congrega radiodifusão de sons e imagens, serviços de telecomunicações e acesso à Internet. Trazendo o exemplo para uma hipotética situação de vigência do projeto de lei das agências, ter-se-ia o seguinte esboço: (i) concessão para prestação do serviço de radiodifusão de sons e imagens junto ao Ministério das Comunicações; (ii) autorização para a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado junto à ANATEL e; (iii) concessão para prestação de serviço de telecomunicações no regime público junto ao Ministério das Comunicações.

O fato é que o projeto de lei das agências apresenta-se como um imbróglio para o Setor.

III. O NOVO MARCO REGULATÓRIO EUROPEU

Feita essa rápida investida na atual realidade brasileira, convém retornar à análise do modelo europeu. Assim, em 2002 a União Européia, por meio da Comissão Européia e do Parlamento Europeu, anunciou um novo marco regulatório a ser implementado no setor de telecomunicações.

Com vistas a uma solução para os problemas regulatórios que a convergência trouxe para o antigo modelo, que tinha como pedra angular a liberalização do mercado de telecomunicações, esse novo marco trouxe uma proposta bastante revolucionária.

Com efeito, vale fazer breve incursão a este modelo já implementado no âmbito da Comunidade Européia. O novo marco é composto, basicamente, por cinco diretivas a nortearem os Estados-Membros na internalização das novas regras que regem o setor em apreço³⁶.

³³ Referimo-nos ao Projeto de Lei n° 3.337/2004, o Projeto de Lei das Agências Reguladoras, tema objeto de posterior análise.

³⁴ Vide o Projeto de Lei (PL) n° 3.337/2004, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados. O último andamento processual do referido PL ocorreu em 08/07/2004.

³⁵ Vide Capítulo I do Título II da LGT.

³⁶ A propósito, os Estados-Membros atualmente já internalizaram as ditas diretivas. Em Portugal, vide a Lei n° 5/2004, de 10 de fevereiro. Na Espanha, vide a Lei 32/2003, de 3 de novembro – Lei Geral de

A primeira delas é a Diretiva n° 2002/21/CE, também chamada Diretiva-Quadro, e tem por objetivo trazer um esboço geral para a regulamentação em todo o setor. Trata-se da coluna cervical do novo marco regulatório. Em seguida, viriam as demais diretivas (chamadas de “diretivas específicas”), que inegavelmente orbitariam ao redor daquela primeira.

Traz essa diretiva, em linhas gerais, uma nova perspectiva para o setor. Com vistas a superar as limitações do modelo anterior, este novo foca suas atenções para a regulação de mercado, e não mais para a regulação de infra-estrutura como outrora. Inúmeras vezes a diretiva faz menção à necessidade de se estabelecerem obrigações adicionais (ex: obrigações de universalização e acesso) àquelas empresas ou grupo de empresas que detenham o denominado “poder significativo de mercado”. Tais obrigações adicionais constam nas quatro outras diretivas, e impõem obrigações além das ordinariamente previstas aos provedores de redes e serviços.

Interessante é o fato de que o delineamento dos mercados de produtos e serviços será feito pela Comissão Européia, e não pelos países que integram a Comunidade Européia. Já na delimitação dos mercados relevantes, compete à Comissão Européia publicar o que se denominou de “Linhas de Orientação”, com o escopo de balizar os Estados-Membros na análise e delimitação dos mercados relevantes. Quanto à identificação dos mercados relevantes transnacionais, estes também ficarão a cargo da Comissão Européia, por razões óbvias.

Então, a partir da orientação da Comissão, os Estados-Membros identificarão os mercados relevantes, bem como procederão à verificação da existência de empresas com poder significativo de mercado.

A segunda seria a diretiva de autorização. E é a essa que se procederá à detida análise.

Esta é a Diretiva n° 2002/20/CE e tem por escopo o estabelecimento de um regime de autorização que abranja todos os serviços, independentemente das tecnologias utilizadas. O intuito é vencer os embaraços regulatórios trazidos pela convergência. Ou seja, busca-se com essa diretiva a superação da regulação por serviços ou redes.

Desta feita, não mais haverá autorizações específicas para um determinado serviço de telecomunicações. A partir da implementação dessa diretiva nos países que compõem a União Européia, a autorização teria um cunho universalista, ou seja, seria utilizada para a prestação de qualquer serviço de comunicação eletrônica (excluída, portanto, a regulação de conteúdo)³⁷.

Telecomunicações -, bem como o Real Decreto n° 424/2005, de 15 de abril. Há ainda a legislação do Reino Unido – Communications Act 2003. Tais dispositivos normativos serão referenciados no curso do presente estudo.

³⁷ Cf. Lei n° 5/2004 (Portugal), art.2°, 1, cc: “«Serviço de comunicações eletrônicas» o serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão, sem prejuízo da exclusão referida na alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º»”; por seu turno, o art. 2°, n° 1, da mesma lei preceitua: “Excluem-se do âmbito de aplicação da presente lei: a) Os serviços da sociedade da informação, definidos no Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de abril, que não consistam total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas; b) Os serviços que prestem ou exerçam controlo editorial sobre conteúdos transmitidos através de redes e serviços de comunicações eletrónicas, incluindo os serviços de áudio-texto; c) As redes privadas do Ministério da Defesa Nacional ou sob sua responsabilidade e das forças e serviços de segurança e de emergência, as quais se regem por legislação específica; d) A rede de informática do Governo gerida pelo Centro de Gestão da Rede Informática do Governo (CEGER), bem como as redes criadas para prosseguir os fins provistos no n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 184/98, de 6 de Julho.”

A vantagem desse novo modelo reside, entre outras coisas, nos seguintes pontos: (i) simplicidade no processo de outorga; (ii) promoção da ampla concorrência; (iii) liberdade de atuação do provedor de redes ou serviços.

No tocante ao primeiro ponto, tem-se com o novel modelo um desembaraço no processo de outorga. Em outros termos, a diretiva de autorização dispõe acerca dos meios de obtenção da autorização, bem como do atendimento às condições para o provimento de redes ou serviços. É de se registrar que os meios para obtenção da autorização tornaram-se bem mais simplificados³⁸.

No mesmo sentido, excepcionando do conceito de serviço de comunicações eletrônicas, dispõe a legislação espanhola: “*En primer lugar, se dirige a regular exclusivamente el sector de las telecomunicaciones, en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.21.a de la Constitución. La ley excluye expresamente de su regulación los contenidos difundidos a través de medios audiovisuales, que constituyen parte del régimen de los medios de comunicación social, y que se caracterizan por ser transmitidos en un solo sentido de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios. Igualmente se excluye de su regulación la prestación de servicios sobre las redes de telecomunicaciones que no consistan principalmente en el transporte de señales a través de dichas redes. Estos últimos son objeto de regulación en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. No obstante, las redes utilizadas como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva, las redes de televisión por cable y los recursos asociados, como parte integrante de las comunicaciones electrónicas, estarán sujetos a lo establecido en esta ley*” (Cf. Lei nº 32/2003 (Espanha), Exposición de Motivos, II).

Por seu turno, o *Communications Act/2003* (Reino Unido), *Part 2, Chapter 1, section 32*, contempla o seguinte conceito de serviço de comunicações eletrônicas: “*In this Act "electronic communications service" means a service consisting in, or having as its principal feature, the conveyance by means of an electronic communications network of signals, except in so far as it is a content service*”.

³⁸ Art. 5º do Real Decreto nº 424/2005 (Espanha): *Notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. 1. Los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, incluyendo la información que se señala en el apartado 5. Uma vez realizada la notificación, el interesado adquirirá condición de operador y podrá comenzar la prestación del servicio o la explotación de la red.*

Art. 21 da Lei nº 5/2004 (Portugal): *1 — As empresas que pretendam oferecer redes e serviços de comunicações eletrônicas estão obrigadas a enviar previamente à ARN [Autoridade Reguladora Nacional] uma descrição sucinta da rede ou serviço cuja oferta pretendem iniciar e a comunicar a data prevista para o início da actividade, transmitindo ainda os elementos que permitam a sua identificação completa nos termos a definir pela ARN. 2 — Sem prejuízo de outros elementos exigidos pela ARN nos termos da parte final do número anterior, as empresas devem obrigatoriamente comunicar o respectivo endereço, bem como, no prazo de 30 dias, quaisquer alterações do mesmo endereço, o qual se destina a ser usado nas notificações e outras comunicações a efectuar pela ARN. 3 — As empresas a que se refere o n.º 1 devem obter prova da comunicação realizada, mediante qualquer aviso de recepção legalmente reconhecido, nomeadamente postal ou electrónico. 4 — Após a comunicação, as empresas podem iniciar de imediato a sua actividade, com as limitações decorrentes da atribuição de direitos de utilização de frequências e números. 5 — Compete à ARN, no prazo de cinco dias a contar da recepção da comunicação, emitir declaração que confirme a sua entrega e que descreva em detalhe os direitos em matéria de acesso e interligação e de instalação de recursos previstos na presente lei, tendo em vista a sua apresentação de modo a facilitar o exercício destes direitos [comentários nossos].*

Já o *Communications Act/2003* (Reino Unido), *part 2, chapter 1, section 33*, dispõe: “*A person who has given a notification for the purposes of subsection (1) must, before-*

(a) providing or making available the notified network, service or facility with any significant differences, or

(b) ceasing to provide it or to make it available,

give a notification to OFCOM of the differences or (as the case may be) of his intention to cease to provide the network or service or to make the facility available)”.

Em contraposição ao antigo sistema de outorgas individuais, a diretiva de autorização prevê o já mencionado regime de autorizações gerais. A partir de 25 de julho de 2003, a obtenção da autorização não mais depende de qualquer decisão expressa ou ato administrativo da agência. Todo aquele que tiver interesse no provimento de redes e serviços necessita apenas notificar o regulador da sua intenção de fazê-lo. Nessa notificação, constará apenas os dados essenciais para o registro do prestador na autoridade reguladora³⁹. Servirá como prova da autorização a notificação do recebimento pela agência, que poderá se dar pela via postal ou eletrônica.

Cabe ao regulador estabelecer previamente as condições gerais para a prestação de serviços ou de provimento de acesso a redes de telecomunicações, e divulgá-las amplamente. Essas condições limitar-se-ão ao estritamente necessário para garantir o cumprimento dos requisitos e obrigações do direito comunitário e nacional. Deverão, portanto, ser arrazoadas e proporcionais. Cabe também ao regulador, quando for oportuno, a alteração dessas condições, contanto que haja a prévia notificação dos interessados para que se manifestem a esse respeito⁴⁰.

A Comissão Européia traz no Anexo I da diretiva de autorização as condições que podem ser associadas à autorização geral. No mais das vezes, ligam-se a questões de proteção aos direitos do consumidor, universalização, interoperabilidade, proteção ao ambiente e ordenamento urbano e territorial, obrigações de transporte (*Must carry*), proteção de dados pessoais e da privacidade, etc.

Seus objetivos são garantir condições eqüitativas aos provedores em toda a Comunidade e facilitar a negociação transfronteiriça da interligação de redes de

³⁹ Cf. Art. 10 Real Decreto nº 424/2005 (Espanha): “*Artículo 10. Inscripción en el registro. La primera inscripción será realizada de oficio por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el plazo de 15 días contados desde la recepción de la notificación a que se refiere el artículo 5, siempre que cumpla todos los requisitos establecidos en dicho artículo. En dicha inscripción se consignarán los siguientes datos:*

a) Respecto del operador: 1.º Nombre y apellidos o, en su caso, denominación o razón social, su nacionalidad y domicilio. 2.º Los datos relativos a la inscripción en el Registro Mercantil, en su caso. 3.º Su número o código de identificación fiscal, según proceda. 4.º El domicilio de la persona inscrita y el señalado a los efectos de notificaciones conforme a lo previsto en el artículo 4.3. 5.º El nombre y demás datos personales de su representante, en su caso. 6.º Nombre y apellidos de la persona responsable a los efectos de notificaciones. b) En relación con la red o servicio de comunicaciones electrónicas que se retenda explotar o prestar, se hará constar la fecha prevista de inicio del servicio y cuanta información haya tenido que ser aportada por el interesado, siempre que no tenga carácter confidencial.

⁴⁰ Art. 20 Lei 5/2004 (Portugal): “*1 — As condições, os direitos e os procedimentos aplicáveis ao exercício da actividade, incluindo aos direitos de utilização e aos direitos de instalar recursos, podem ser alterados em casos objectivamente justificados e de acordo com o princípio da proporcionalidade, mediante lei, regulamento ou acto administrativo conforme os casos. 2 — As alterações a adoptar ao abrigo do número anterior estão sujeitas ao procedimento geral de consulta a que se refere o artigo 8.º sendo concedido aos interessados, nomeadamente aos utilizadores e consumidores, um prazo suficiente para se pronunciarem sobre as alterações propostas, o qual, salvo em circunstâncias excepcionais devidamente justificadas, não deve ser inferior a 20 dias”.*

Art. 22 do Real Decreto nº 424/2005 (Espanha): “*Modificación de las condiciones exigibles. 1. Con arreglo a los principios de objetividad y proporcionalidad, el Gobierno, mediante real decreto, podrá modificar las condiciones impuestas en la prestación de servicios y el establecimiento y explotación de redes de comunicaciones electrónicas, y establecerá un plazo para que los operadores se adapten a dicha modificación. 2. En la tramitación de las modificaciones a que se refiere el apartado anterior se otorgará un trámite de audiencia, que no será inferior a cuatro semanas, a los interesados, al Consejo de Consumidores y Usuarios y, en su caso, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones más representativas de los restantes usuarios. Asimismo, será preceptivo el informe de la Comisión Del Mercado de las Telecomunicaciones.”*

comunicações públicas, etc⁴¹. Ou seja, o regime de autorizações gerais visa ao estabelecimento de condições comuns no âmbito de toda a Comunidade Européia, com os olhos voltados à formação de uma rede de comunicações integrada.

Apesar de serem aplicáveis à prestação de qualquer serviço de comunicações eletrônicas, as autorizações gerais não se prestam ao fim de utilização de recursos escassos, como números e radiofrequência. Nessas hipóteses, ou seja, quando vier a ser necessária a utilização desses recursos, imperiosa o manejo de autorização de uso de radiofrequência ou de um determinado número.

Ainda, com relação à numeração há que se ressaltar que o novo modelo prevê a possibilidade da denominada “portabilidade numérica”, que significa a possibilidade de o usuário do serviço de telefonia, por exemplo, ao trocar de operadora, conservar o seu número de telefone, sem que lhe seja imputado nenhum custo adicional para tanto⁴².

Desta feita, além de atender às condições gerais para a prestação do serviço, o provedor de acesso ou de serviços deverá atender às condições para aquele recurso escasso que vier a utilizar, seja ele um número dentro de um plano de numeração, seja ele uma faixa no espectro de radiofrequência. Nesse ponto, a diretiva torna imprescindível a existência de procedimento objetivo, transparente, não discriminatório e proporcional na outorga dos direitos de uso desses recursos escassos.

Outra questão interessante, e também ligada à utilização de recursos escassos, diz respeito à harmonização e padronização no âmbito de toda a Comunidade Européia. Para a utilização de números, há proposição da Comissão Européia de atribuição destes a partir de um plano de numeração europeu. Vale ressaltar que essa orientação foi internalizada pelos respectivos Estados-Membros⁴³. Quanto à

⁴¹ Cf. Diretiva de autorização, de nº 2002/20/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002 (Jornal Oficial das Comunidades Européias [JO] L 108/25), artigo 1º: “1. A presente directiva destina-se a instaurar um mercado interno dos serviços e redes de comunicações eletrónicas através da harmonização e simplificação das regras e condições de autorização, a fim de facilitar a sua oferta em toda a Comunidade”.

⁴² Cf. Lei nº 32/2003 (Espanha), de 3 de novembro, Lei Geral de Telecomunicações, art. 16, *verbis*: “Conservación de los números telefónicos por los abonados.

Los operadores que exploten redes públicas telefónicas o presten servicios telefónicos disponibles al público garantizarán que los abonados a dichos servicios puedan conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados, con independencia del operador que preste el servicio. Mediante real decreto se fijarán los supuestos a los que sea de aplicación la conservación de números, así como los aspectos técnicos y administrativos necesarios para que ésta se lleve a cabo.

Los costes derivados de la actualización de los elementos de la red y de los sistemas necesarios para hacer posible la conservación de los números deberán ser sufragados por cada operador sin que, por ello, tengan derecho a percibir indemnización alguna. Los demás costes que produzca la conservación de los números telefónicos se repartirán a través del oportuno acuerdo, entre los operadores afectados por el cambio. A falta de acuerdo, resolverá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Los precios de interconexión para la aplicación de las facilidades de conservación de los números habrán de estar orientados en función de los costes y, en caso de imponerse cuotas directas a los abonados, no deberán tener, en ningún caso, efectos disuasorios para el uso de dichas facilidades”.

⁴³ Cf. Lei nº 5/2004 (Portugal), de 10 de fevereiro, art. 17, 2, *verbis*: “Compete à ARN: (...) f) Apoiar a harmonização dos recursos de numeração na União Européia, quando tal seja necessário para favorecer o desenvolvimento de serviços pan-europeus, bem como coordenar a sua posição com as outras entidades competentes da União no âmbito de organizações e instâncias internacionais em que sejam tomadas decisões sobre questões de numeração, sempre que tal seja adequado para garantir a interoperabilidade global dos serviços (...) h) As entidades a quem compete a atribuição de nomes e endereços de redes e serviços de comunicações electrónicas devem coordenar as suas posições com as outras entidades competentes da União Europeia nas organizações e instâncias internacionais em que sejam tomadas decisões nessa matéria, sempre que tal seja adequado para garantir a interoperabilidade

radiofrequência, há a previsão de harmonização da política comunitária para o espectro, em especial no que respeita a serviços e aplicações com cobertura comunitária ⁴⁴.

Ainda na radiofrequência há um outro aspecto a ser analisado. Cuida-se da possibilidade de utilização da radiofrequência sem que para tanto seja outorgada a dita autorização de uso. Em suma, a própria diretiva de autorização prevê a possibilidade de um prestador de serviços de telecomunicações utilizar-se de uma faixa do espectro de radiofrequência sem que este detenha qualquer autorização de uso de radiofrequência.

Na verdade este prestador faria uso de uma faixa do espectro já atribuída a um outro prestador, e não ocupada em sua integralidade por este. Trata-se, em última análise, de um compartilhamento de meios. No tocante a esse tema, a diretiva traz uma única restrição. Só se admite a utilização de faixa de outrem quando desse compartilhamento seja mínimo o risco de interferências nocivas. Nesse sentido, vale transcrever o item 1 do art. 5º da Diretiva nº 2002/20/CE. Vejamos:

“1. Se possível, nomeadamente, quando seja mínimo o risco de interferências nocivas, os Estados-Membros não farão depender a utilização das radiofrequências da concessão de direitos de utilização individuais, mas incluirão as condições de utilização dessas radiofrequências na autorização geral”⁴⁵.

A prestação de serviços de telecomunicações fundada nesse modelo de negócios já vem sendo utilizada com sucesso na Europa e nos Estados Unidos. Lá recebe o nome de MVNO (*Mobile Virtual Network Operator*) e vem ganhando o mercado de serviços móveis. Com vistas a reforçar o primor desse instituto, é de se ressaltar que a administração eficiente do espectro é um dos objetivos da ANATEL.

Ainda no que respeita à gestão do espectro de radiofrequências, há de se consignar fato bastante interessante. Considerando o fato de que o serviço móvel de telecomunicações tem se apresentado como um dos que mais cresce no mercado, há de se convir que a reformulação do regime de outorga para a prestação de serviço deve passar necessariamente por uma revisão do modelo de atribuição e outorga de faixas de radiofrequência.

Nesse sentido, já se discute no âmbito da União Européia uma série de questões ligadas a esse tema. Exemplo disto é a busca pela harmonização de faixas de radiofrequência em nível comunitário.

Outro ponto de discussão residiria na tentativa de flexibilização do uso de faixas de radiofrequência, mediante: i) a proposta de criação de “mercados de espectros”, como meio de deixar o mercado decidir a utilização e distribuição do espectro para os serviços convergentes; ii) a generalização em nível comunitário da “utilização isenta de licença” (*commons*), de modo a excepcionar os casos de autorizações individuais do uso de faixa do espectro para a prestação de serviços

global dos serviços”. Em sentido análogo, Lei nº 32/2003 (Espanha), de 3 de novembro, Lei Geral de Telecomunicações, art. 16, 3.

⁴⁴ Há disposição da Comissão Européia nesse sentido. Referimo-nos à Decisão nº 676/2002/CE. Posteriormente, houve nos Estados-Membros, mais especificamente em Portugal, disposição no sentido. Cf. Lei nº 5/2004, art. 15, 4, o seguinte: “A ARN deve promover a harmonização do uso de frequências na União Europeia por forma a garantir a sua utilização efectiva e eficiente no âmbito da Decisão nº 676/2002/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março, relativa a um quadro regulamentar para a política do espectro de radiofrequências na Comunidade Europeia (decisão espectro de radiofrequências)”.

⁴⁵ Tradução livre.

determinados; iii) a liberalização de faixas do espectro de radiofrequência, inclusive no que respeita aos “dividendos espectrais”, a surgirem com a transição da TV analógica para a TV digital; iv) o fomento ao desenvolvimento de tecnologias que utilizam de forma eficiente o espectro (radiocomunicações “inteligentes”).

Tais medidas teriam o objetivo de fomentar a inovação tecnológica no setor de telecomunicações, bem como criar um cenário regulatório propício à produção de equipamentos e prestação de serviços de telecomunicações em escala comunitária.

Segundo a própria Comissão das Comunicações Europeias, aproximadamente um terço do espectro abaixo dos 3 GHz – a faixa mais adequada às comunicações terrestres – poderia ser objeto de comercialização e flexibilização em 2010. O marco normativo para essa mudança de perspectiva no que respeita ao uso do espectro é a Decisão n° 676/2002/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002.

Ultrapassada a discussão concernente à gestão do espectro, cumpre informar que, além da Diretiva-Quadro (Diretiva n° 2002/21/CE) e da Diretiva de Autorizações Gerais (Diretiva n° 2002/20/CE), há, ainda, outras afetas às questões de “Acesso” (Diretiva n° 2002/19/CE), à “Proteção de Dados” (Diretiva n° 2002/58/CE), à “Universalização” (Diretiva n° 2002/22/CE), que encerram o novo Quadro Regulamentar do setor de Telecomunicações. Dada a especificidade do presente estudo (qual seja, regime de autorizações gerais), as demais diretivas serão abordadas em uma outra oportunidade.

O novo Quadro Regulamentar entrou em vigor em abril de 2002, contudo a própria Comissão Europeia e o Parlamento Europeu previram a implementação do novo marco regulatório em cada Estado-Membro nos 15 meses subseqüentes à publicação das diretivas, ou seja, a partir de 25 de julho de 2003.

Como já noticiado, Portugal inseriu o novo modelo em seu ordenamento jurídico por meio da Lei n° 5/2004, de 10 de fevereiro. A Espanha, por seu turno, disciplinou a matéria por meio da Lei Geral de Telecomunicações, Lei n° 32/2003, de 3 de novembro, e do Real Decreto n° 424/2005, de 15 de abril. E, por fim, o Reino Unido fê-lo por meio do *Communications Act*, de 17 de julho de 2003.

IV. CONCLUSÃO

De todo o exposto, é de se notar que a União Europeia implementa uma proposta para a solução dos problemas oriundos da convergência de redes e serviços. No Brasil, a matéria será objeto de muito debate. Antes de se partir para a estruturação de um novo modelo regulatório, voltado este para a regulação de mercado e para o regime de autorizações gerais, há que se resolver questões primeiras.

A importação crua do modelo de autorizações gerais, ante o factível ingresso no ordenamento jurídico pátrio do até então “Projeto de Lei das Agências Reguladoras” – em atenção ao que já foi dito a esse respeito –, pode gerar uma série de incongruências, de modo a torná-lo inócuo ou até mesmo prejudicial à regulação do setor. A atual estruturação jurídica do setor de telecomunicações (telecomunicações/Anatel e radiodifusão/MiniCom), apesar de inadequado, admitiria, em tese, o planejamento de um novo modelo regulatório voltado à convergência, a exemplo do que ocorre na Espanha, que, atribuiu a gestão do espectro à Agência Estatal de Radiocomunicações e a regulação das redes e serviços à Comissão de Mercado das Telecomunicações.

Ocorre que, caso seja o PL n° 3.337/2004 convertido em lei, a estruturação de um novo marco regulatório afigura-se de impossível concreção. É de se convir que um eventual novo recorte do Poder Concedente para além da antiga divisão radiodifusão/telecomunicações, abrangendo, também, a divisão deste quanto aos serviços de telecomunicações em regimes público (MiniCom) e privado (Anatel), ensejaria uma série de incertezas acerca de qual seria a autoridade competente para a outorga de um determinado serviço convergente que abarque tanto a radiodifusão quanto as telecomunicações.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Maurício. *Convergência Digital*. In: Seminário Tendências Tecnológicas nas Telecomunicações 2002. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.mc.gov.br> (Consultado em 10.12.2002).
- AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. *Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia: anexo à resolução n° 272, de 9 de agosto de 2001*. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/biblioteca/resolucao/2001/res_272_2001.pdf (Consultado em 31.05.2006).
- ARIÑO, Gaspar. *Economia y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1993.
- AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES - ANACOM [Portugal]. *Contributos do Grupo de Personalidades de Reconhecido Mérito: grupo de reflexão*. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.icp.pt/template20.jsp?categoryd=33357&contentId=41178> (Consultado em 07.11.2002).
- BENJÓ, Isaac. *Fundamentos de Economia da Regulação*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1999.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
- BOTEIN, Michael. *Regulation of the Electronic Mass Media: law and policy for radio, television, cable and the new video technologies*. 3ª ed. St. Paul, Minn: West Group, 1998.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988.
- _____. *Lei n° 9.472*, de 16 de julho de 1997. Lei Geral das Telecomunicações.
- _____. *Lei n° 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n° 3.337*, de 13 de abril de 2004 [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2004&Numero=3337&sigla=PL (Consultado em 31.05.2006)
- CASTRO, Paulo Rabello de. *A Reengenharia do Estado Brasileiro: rumo ao sócio-capitalismo*. In: a Reengenharia do Estado Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CERASOLI, Luiz Tito. *Telecomunicações no Brasil: Uma revolução bem-sucedida*. In: In Informe Anual 2000: telecomunicações e tecnologias da informação São Paulo: CELAET/UNIEMP, 2000.

COMISSÃO EUROPÉIA [União Européia]. *Livro Verde relativo à Convergência dos Sectores das Telecomunicações, dos Meios de Comunicação Social e das Tecnologias da Informação e às suas Implicações na Regulamentação: para uma abordagem centrada na sociedade da informação*. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.icp.pt/streaming/livroverde.pdf?categoryId=18043&contentId=26202&field=ATTACHED_FILE (Consultado em 12.12.2002).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ESPAÑA. *Lei n° 32*, de 3 de novembro de 2003.

_____. *Real Decreto n° 424*, de 15 de abril de 2005.

FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GAZETA MERCANTIL. *Presidente da Anatel critica TVs que questionam SCM*. Banco de Notícias em 12.11.2002. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.investnews.com.br/banco_noticias/noticia_ler.asp?noticia=1308240&cana (Consultado em 14.11.2002).

_____. *WorldCom registra prejuízo*. Banco de Notícias em 29.11.2001 [on line] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.investnews.com.br/banco_noticias/noticia_ler.asp?noticia=1308240&cana (Consultado em 14.11.2002).

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed. [atualizada por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestero Aleixo; José Emmanuel Burle Filho]. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELO, Paulo Roberto de Sousa; RIOS, Evaristo Caros Silva Duarte; GUITIERREZ, Regina Maria Vinhais. *TV Digital: desafio ou oportunidade?* BNDES, 2000 [on line]

Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.bndes.gov.br/publica/relato/tv_digit.exe (Consultado em 23.07.2001).

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Consulta Pública: Serviços de Radiodifusão*. Brasília: Ministério das Comunicações, 2000. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.mc.gov.br/Consulta/consultapublica.asp?IDTextoBase=11> (Consultado em 28.07.2001).

_____. *Seminário Internacional de Radiodifusão*. [on line] Disponível na internet via WWW. URL: http://www.mc.gov.br/rtv/seminarios/seminario_telec.pdf (Consultado em 17.12.2002).

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E DA REFORMA DO ESTADO. *Plano Diretor da Reforma do Estado*. Brasília: Presidência da República, Imprensa Oficial, novembro 1995.

MONTERO, Juan J.; BROKELMANN, Helmut. *Telecomunicaciones y Televisión: la nueva regulación en España*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- OLIVEIRA, Gesner. *Convergência Tecnológica muda Cenário*. In: Valor Econômico. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.valoronline.com.br/valoreconomico/materioa.asp?id=1566378&ed_ref=4 (Consultado em 12.12.2002).
- PABLO, Marcos M. Fernando. *Derecho General de las Telecomunicaciones*. Madrid: Colex, 1998.
- PENEDO, Dílio; PINTO, José Roberto de Souza. *Convergência Tecnológica e Redes Multisserviços*. In: Informe Anual 2000: telecomunicações e tecnologias da informação. São Paulo: CELAET/UNIEMP, 2000.
- PESSOA, Robertônio. *Curso de Direito Administrativo Moderno*. Brasília: Consulex, 2000.
- PORTUGAL. *Lei n° 5*, de 10 de fevereiro de 2004.
- PRATA, José; BEIRÃO, Nirlando; TOMIOKA, Teiji. *Sérgio Motta: o trator em ação*. São Paulo: Geração Editorial, 1999.
- REINO UNIDO. *Communications Act*, de 17 de julho de 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Fundamentos de Direito Público*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Regulação: papel atual e tendências futuras*. In: Informe Anual 2000: telecomunicações e tecnologias da informação. São Paulo: CELAET/UNIEMP. 2000.
- UNIÃO EUROPÉIA. *Diretiva n° 2002/20/CE*, de 7 de março de 2002. Parlamento Europeu e do Conselho. Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Européias [JO] L 108/21-32, de 24.4.2002.
- _____. *Diretiva n° 2002/21/CE*, de 7 de março de 2002. Parlamento Europeu e do Conselho. Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Européias [JO] L 108/33-50, de 24.4.2002.
- _____. *Decisão n° 676/2002/CE*, de 7 de março de 2002. Parlamento Europeu e do Conselho. Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Européias [JO] L 108/1-6, de 24.4.2002.
- _____. *Livro Verde relativo à Convergência dos Setores das Telecomunicações, dos Meios de Comunicação Social e das Tecnologias da Informação e às suas Implicações na Regulamentação: para uma abordagem centrada na sociedade da informação*. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.icp.pt/streaming/livroverde.pdf?categoryd=18043&contentd=26202&field=ATTACHED_FILE (Consultado em 31.05.2006)
- WORLDTELECOM. *SCM na berlinda: entre a competição e o monopólio*. Especializadas. Disponível na Internet via WWW. URL: http://worldtelecom.idg.com.br/wt/especializadas/2002/11/0001/index_versao_imprimir (Consultado em 21.11.2002).

A AGÊNCIA FEDERAL DE REDES NA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA

Patrick Leonardo de Faria e Silva*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Evolução histórica do Direito das Telecomunicações na Alemanha. 2.1 Antes de 1949. 2.2 De 1949 a 1989. 2.3 A primeira Reforma Postal. 2.4 A segunda Reforma Postal. 2.5 A terceira Reforma Postal. 3. Do RegTP à *Bundesnetzagentur*. 3.1 Razões para criação da *Bundesnetzagentur*. 3.2 Atribuições da *Bundesnetzagentur*. 3.3 Estrutura da *Bundesnetzagentur*. Figura 1. Estrutura organizacional do RegTP. Figura 2. Estrutura organizacional da *Bundesnetzagentur*. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O setor de telecomunicações da República Federal da Alemanha vivenciou, nas últimas duas décadas, significativas transformações, entre elas o surgimento, em julho de 2005, da “Agência Federal de Redes” (*Bundesnetzagentur*), cuja criação, atribuições e estrutura serão o objeto de análise deste artigo.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DAS TELECOMUNICAÇÕES NA ALEMANHA

Antes de se abordar especificamente a Agência Federal de Redes, interessante traçar uma visão geral do ambiente político-institucional e legal em meio ao qual surgiu referido órgão regulador, o que remete a breve esboço histórico do Direito das Telecomunicações na Alemanha.

2.1. ANTES DE 1949

Uma das primeiras regulamentações no Direito Alemão a respeito de telecomunicações de que se tem notícia é a que constou na “Constituição do *Reich* Alemão” (*Verfassung des Deutschen Reiches*), a chamada “Constituição de Paulskirchen”, de 1849, a qual atribuía à administração do *Reich*, em seu parágrafo 44, inciso 1, a implantação de linhas telegráficas e a utilização das já existentes (por meio de indenização aos seus proprietários ou através de desapropriação)¹.

Posteriormente, a “Constituição da Liga Setentrional Alemã” (*Verfassung des Norddeutschen Bundes*), de 1867, definia no seu artigo 4, inciso 10, como competência da Federação, a produção de legislação sobre serviços postais e telegráficos e a respectiva fiscalização².

* Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações na Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, LL.M. Universidade de Munique, Alemanha e Membro do Grupo de Estudo de Telecomunicações da UnB – Getel/UnB.

¹ *Verfassung des Norddeutschen Bundes/1867*: “Art. 4. Der Beaufsichtigung Seitens des Bundes und der Gesetzgebung desselben unterliegen die nachstehenden Angelegenheiten: (...) 10. Das Post- und Telegraphenwesen”.

² *Verfassung des Norddeutschen Bundes/1867*: “Art. 4. Der Beaufsichtigung Seitens des Bundes und der Gesetzgebung desselben unterliegen die nachstehenden Angelegenheiten: (...) 10. Das Post- und Telegraphenwesen”.

Referida competência foi reproduzida, em 1871, na “Constituição do *Reich*” (*Reichsverfassung*), também no seu artigo 4, inciso 10, com ressalva em relação aos serviços postais e telegráficos dos estados do sul da Alemanha, *Bayern* e *Württemberg*³.

Com as primeiras transmissões de voz via cabo, ocorridas a partir de 1861, seguidas da invenção do telefone e sua patente em 1876, iniciou-se, em 1877, a exploração dos serviços de telefonia, a qual ficou exclusivamente a cargo da “Administração Postal e Telegráfica do *Reich*” (*Reichs-Post-und-Telegraphen-Verwaltung*), sendo que, em 1889, a justiça do *Reich* classifica o telefone como uma espécie de telegrafia⁴.

Posteriormente, no ano de 1892, edita-se a “Lei de Telégrafos” (*Telegraphengesetz*), primeira lei no Direito das Telecomunicações germânico que se dedicou exclusivamente à regulamentação das telecomunicações, abrangendo serviços telegráficos e telefônicos. Anote-se que referida lei aborda pioneiramente a inviolabilidade do sigilo telegráfico e telefônico⁵.

Com a promulgação da “Constituição de Weimar” (*Weimarer Reichsverfassung*), em 1919, a competência para legislação sobre serviços postais e telegráficos continuou atribuída com exclusividade ao então ente superior do Estado – o *Reich*⁶.

Da mesma forma, a exploração dos serviços postais e telegráficos, incluindo os telefônicos (desta vez, previstos expressamente em categoria autônoma), permaneceu ao encargo privativo do *Reich*⁷. Ainda na “Constituição de Weimar”, a proteção ao sigilo telefônico foi elevada a preceito constitucional⁸.

Em 1924, entrou em vigor a “Lei de Finanças Postais do *Reich*” (*Reichspostfinanzgesetz*), a qual transforma a instituição acima mencionada, “Administração Postal e Telegráfica do *Reich*”, em responsável pela exploração dos serviços telefônicos, em “Serviços Postais Alemães do *Reich*” (*Deutsche Reichpost*), empresa pública independente e de capital próprio, vinculada apenas juridicamente, e não financeiramente, ao *Reich*⁹ (o que se perdeu, em 1934, com a tomada de poder pelos nacional-socialistas). Em 1928, a “Lei Telegráfica” foi revogada pela “Lei sobre Equipamentos de Telecomunicações” (*Gesetz über Fernmeldeanlagen*), que continuava a prever o monopólio do *Reich* na exploração dos serviços de telecomunicações¹⁰.

Após o término da II Guerra Mundial, em 1945, as Redes de Telecomunicações dos “Serviços Postais Alemães do *Reich*” são paralisadas e seus bens, confiscados¹¹.

³ Reichsverfassung des Jahres 1871: “Art. 4. Der Beaufsichtigung seitens des Reichs und der Gesetzgebung desselben unterliegen die nachstehenden Angelegenheiten: (...) 10. Das Post- und Telegraphenwesen, jedoch in Bayern und Württemberg nur unter Maßgabe der Bestimmung im Artikel 52”.

⁴ Koenig, Christian; Loetz, Sascha; Neumann, Andreas. **Telekommunikationsrecht**. Vol. I, 1ª ed., Heidelberg: Editora Recht und Wirtschaft, 2004, p. 90.

⁵ Koenig, Christian; Loetz, Sascha; Neumann, Andreas. **Telekommunikationsrecht**. Vol. I, 1ª ed., Heidelberg: Editora Recht und Wirtschaft, 2004, p. 90.

⁶ Weimarer Reichsverfassung/1919: “Art. 6. Das Reich hat die ausschließliche Gesetzgebung über: (...) 7. das Post- und Telegraphenwesen einschließlich des Fernsprechwesens”.

⁷ Weimarer Reichsverfassung/1919: “Art. 88 (1) Das Post- und Telegraphenwesen samt dem Fernsprechwesen ist ausschließlich Sache des Reichs.”

⁸ Weimarer Reichsverfassung/1919: “Art. 117. Das Briefgeheimnis sowie das Post-, Telegraphen- und Fernsprechgeheimnis sind unverletzlich. Ausnahmen können nur durch Reichsgesetz zugelassen werden”.

⁹ Chen, Yung-chih, **Die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte in Deutschland und das neue Konzept der Regulierung**. Vol. 1, 1ª ed., Berlin: Editora Rhombos, 2002, p. 31.

¹⁰ Koenig, Christian; Loetz, Sascha; Neumann, Andreas. **Telekommunikationsrecht**. Vol. I, 1ª ed., Heidelberg: Editora Recht und Wirtschaft, 2004, p. 91.

¹¹ Koenig, Christian; Loetz, Sascha; Neumann, Andreas. **Telekommunikationsrecht**. Vol. I, 1ª ed., Heidelberg: Editora Recht und Wirtschaft, 2004, p. 91.

2.2. DE 1949 A 1989

Em 1948, no território alemão ocupado por americanos e britânicos, uma nova e provisória administração para os serviços postais e telefônicos é criada: o “Serviços Postais Alemães do Território Aliado” (*Deutsche Post im Vereinigten Wirtschaftsgebiet*).

Após a II Guerra Mundial, surge, em 1949, a República Federal da Alemanha, com a promulgação da “Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*). Boa parte dos dispositivos sobre Direito das Telecomunicações constantes da “Constituição de Weimar” foi reproduzida nesta nova Carta, os quais somente vieram a ser modificados no final do século XX, como se verá adiante.

Uma das características principais da “Lei Fundamental” foi o cuidado do legislador constituinte na disposição sobre os direitos fundamentais, entre eles o sigilo das comunicações previsto no art. 10, cuja tutela foi consideravelmente reforçada, isto como consequência das conhecidas reiteradas violações que sofreram durante o regime nacional-socialista¹².

O artigo 73 da citada Constituição estabelecia competência exclusiva da Federação para legislação sobre serviços postais e telecomunicações¹³. Já o artigo 87, parágrafo primeiro, dispunha que o “Serviço Federal Postal Alemão” (*Deutsche Bundespost*), como substituto do “Serviços Postais Alemães do Reich”, passava a fazer parte da administração direta federal¹⁴.

No plano infraconstitucional, continuava a vigor a “Lei sobre Equipamentos de Telecomunicações” (*Gesetz über Fernmeldeanlagen*), com ligeiras modificações que não tangenciaram a atribuição de monopólio da exploração dos serviços de telecomunicações, agora não mais ao Reich, mas à Federação.

Com o passar dos anos, os serviços de telecomunicações, no entanto, iam se tornando cada vez mais insuficientes no atendimento das necessidades da população. Além disso, o “Serviço Federal Postal Alemão” passou a acumular vultosos prejuízos, dando ensejo, na metade da década de sessenta, às primeiras discussões a respeito de uma possível reforma do setor, o que veio efetivamente a ocorrer somente na década de oitenta, com a edição da “Lei de Estruturação dos Serviços Postais” (*Poststrukturgesetz*)¹⁵.

2.3. A PRIMEIRA REFORMA POSTAL

Aludida lei inaugurou, em 1989, o que se veio a denominar na Alemanha de “Primeira Reforma Postal” (*Postreform I*), motivada, além dos fatores acima declinados, por uma nova concepção econômica do setor de telecomunicações, em que a idéia de que seus serviços se submetiam a um monopólio natural foi perdendo força. Tal concepção se engendrou, em especial, devido aos avanços tecnológicos da época, além das pressões políticas advindas da Comunidade Européia, a qual passou a editar

¹² Koenig, Christian; Loetz, Sascha; Neumann, Andreas. **Telekommunikationsrecht**. Vol. I, 1ª ed., Heidelberg: Editora Recht und Wirtschaft, 2004, p. 93.

¹³ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Artikel: 73: “Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebung über: (...) 7. das Postwesen und die Telekommunikation”.

¹⁴ Chen, Yung-chih, **Die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte in Deutschland und das neue Konzept der Regulierung**. Vol. 1, 1ª ed., Editora Berlin: Rhombos, 2002, p. 31.

¹⁵ Koenig, Christian; Loetz, Sascha; Neumann, Andreas. **Telekommunikationsrecht**. Vol. I, 1ª ed., Heidelberg: Editora Recht und Wirtschaft, 2004, p. 94.

diretrizes relacionadas à necessidade de se quebrarem monopólios, mais especificamente monopólios relacionados com a comercialização de aparelhos telefônicos¹⁶.

O ponto central da referida “Primeira Reforma Postal” cingiu-se à separação das atividades políticas em relação às atividades empresariais e operacionais do “Serviço Federal Postal Alemão”, ficando as primeiras a mando do “Ministério dos Correios e das Telecomunicações” (*Bundesministerium für Post und Telekommunikation – BMPT*) e as últimas a cargo do “Serviço Federal Postal Alemão”, transformado, pela lei, em três empresas públicas: “Serviço Federal Postal Alemão – Serviço Postal” (*Deutsche Bundespost POSTDIENST*), “Serviço Federal Postal Alemão – Banco Postal” (*Deutsche Bundespost POSTBANK*) e “Serviço Federal Postal Alemão – Telecomunicações” (*Deutsche Bundespost TELEKOM*)¹⁷. Assim, agilizou-se, em larga escala, a eficiência dos serviços de telecomunicações, na medida em que estes passaram a se submeter a princípios empresariais (como perseguição de lucros, rigoroso equilíbrio entre despesa e receita etc.), ainda que na permanência do regime público¹⁸.

Por fim, o quase secular monopólio dos terminais telefônicos foi quebrado, além de se iniciar, paulatinamente, uma abertura à iniciativa privada da exploração de alguns ramos específicos, como, por exemplo, o de telefonia móvel¹⁹.

2.4. A SEGUNDA REFORMA POSTAL

Em 1994, veio a lume a “Segunda Reforma Postal” (*Postreform II*), provocada por uma Emenda Constitucional que retirou o artigo 87 e inseriu, em seu lugar, os artigos 87-f²⁰ e 143-b²¹, os quais passaram a permitir a submissão dos serviços de telecomunicações ao direito privado, dispondo sobre a privatização do “Serviço Federal Postal Alemão”. As três empresas criadas pela “Primeira Reforma Postal” (“Serviço Federal Postal Alemão – Serviço Postal, Banco Postal e Telecomunicações”) foram transmutadas em sociedades anônimas, que, pela própria natureza, permitiam a venda de ações a particulares²², o que era desejável, pois, após a queda do muro de Berlim, o

¹⁶ Koenig, Christian; Loetz, Sascha; Neumann, Andreas. **Telekommunikationsrecht**. Vol. I, 1ª ed., Heidelberg: Editora Recht und Wirtschaft, 2004, p. 94.

¹⁷ Knieps, Günter. **Competition, Regulation and Privatisation: The Railroads and Telecommunications Network Industries in Germany**. Freiburg: Discussion Paper - Institut für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik No. 104, 2004, p. 6.

¹⁸ Chen, Yung-chih. **Die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte in Deutschland und das neue Konzept der Regulierung**. Vol. 1, 1ª ed., Berlin: Editora Rhombos, 2002, p. 36-37.

¹⁹ Xavier, Patrick; Ypsilanti, Dimitri. **Regulatory Reform In Germany**. Paris, Publicações OECD, 2004, p. 8.

²⁰ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland/1949: “Artikel 87-f (1) Nach Maßgabe eines Bundesgesetzes, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, gewährleistet der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen. (2) Dienstleistungen im Sinne des Absatzes 1 werden als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter erbracht”.

²¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland/1949: “Artikel 143b (1) Das Sondervermögen Deutsche Bundespost wird nach Maßgabe eines Bundesgesetzes in Unternehmen privater Rechtsform umgewandelt (...) (2) Die vor der Umwandlung bestehenden ausschließlichen Rechte des Bundes können durch Bundesgesetz für eine Übergangszeit den aus der Deutschen Bundespost POSTDIENST und der Deutschen Bundespost TELEKOM hervorgegangenen Unternehmen verliehen werden”.

²² Knieps, Günter. **Competition, Regulation and Privatisation: The Railroads and Telecommunications Network Industries in Germany**. Freiburg: Discussion Paper - Institut für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik No. 104, 2004, p. 6.

aporte de capital privado era necessário para possibilitar a instalação/modernização dos serviços de telecomunicações nos territórios anexados da antiga Alemanha Oriental²³.

2.5. A TERCEIRA REFORMA POSTAL

Dois anos depois, uma terceira reforma se fez necessária, ocorrendo a denominada “Terceira Reforma Postal” (*Postreform III*), em função da promulgação da “Lei das Telecomunicações” (*Telekommunikationsgesetz*), aprovada em 1º de agosto de 1996, a qual revogou, em grande parte, a “Lei sobre Equipamentos de Telecomunicações” de 1928. Referida lei é composta de partes que tratam, entre outros, sobre: regras gerais; normas regulatórias econômicas; normas regulatórias não econômicas; normas técnicas; e, em especial, uma parte (parágrafos 66 a 84) que versa sobre o “Órgão Regulador para Telecomunicações e Serviços Postais” (*Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post – RegTP*), que entrou em operação no dia 1º de janeiro de 1998.

Mediante esta nova lei, o legislador se comprometeu, definitivamente, com a abertura do mercado dos serviços das telecomunicações, implementando, de uma vez por todas, a concorrência no setor. Isto pode ser verificado já no parágrafo 1º da lei, o qual prevê:

Lei das Telecomunicações/1996: § 1. O objetivo desta lei é, por meio de regulação no setor de telecomunicações, promover a concorrência, garantir de modo amplo serviços adequados e suficientes e fixar um regulamento de frequências.²⁴

Importante registrar, também, que no parágrafo 2º da referida lei são definidos seis objetivos regulatórios, entre eles a garantia do interesse dos usuários, a garantia de uma competição isonômica e funcional e o provimento de serviços de telecomunicações a preços acessíveis²⁵.

Nos anos que se seguiram à sua edição, a “Lei das Telecomunicações” sofreu algumas modificações de menor porte, sendo que, em 2004, em razão de diversas diretrizes lançadas pela Comunidade Européia direcionadas ao setor de telecomunicações e conflitantes com a citada lei, veio à baila o impasse: bastaria a “Lei das Telecomunicações” ser apenas emendada ou um novo marco regulatório se fazia imprescindível²⁶?

Após um conturbado processo legislativo, foi sancionada a nova “Lei das Telecomunicações” (*Telekommunikationsgesetz*), conhecida por *TKG – 2004*, a qual abrogou a antiga “Lei das Telecomunicações”, de 1996.

²³ Koenig, Christian; Loetz, Sascha; Neumann, Andreas. **Telekommunikationsrecht**. Vol. I, 1ª ed., Heidelberg: Editora Recht und Wirtschaft, 2004, p. 95.

²⁴ *Telekommunikationsgesetz/1996*: § 1. Zweck dieses Gesetzes ist es, durch Regulierung im Bereich der Telekommunikation den Wettbewerb zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten sowie eine Frequenzordnung festzulegen.

²⁵ *Telekommunikationsgesetz/1996*: § 2 Ziele der Regulierung sind: (1) die Wahrung der Interessen der Nutzer auf dem Gebiet der Telekommunikation und des Funkwesens sowie die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses (2) die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche, auf den Märkten der Telekommunikation (3) die Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen (Universaldienstleistungen) zu erschwinglichen Preisen (4) die Förderung von Telekommunikationsdiensten bei öffentlichen Einrichtungen (5) die Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen, auch unter Berücksichtigung der Belange des Rundfunks (6) die Wahrung der Interessen der öffentlichen Sicherheit”.

²⁶ Picot/Arnold. **Das Telekommunikationsgesetz auf dem Prüfstand**. Vol. I, 1ª ed. Berlin: Editora Springer, 2004, Prefácio.

Referido diploma legal se encontra atualmente em plena vigência, representando hoje na Alemanha o estatuto legal que disciplina os serviços de telecomunicações.

3. DO *REGTP* À *BUNDESNETZAGENTUR*

Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post – RegTP (“Órgão Regulador para Telecomunicações e Serviços Postais”) – este foi, durante quase oito anos, o nome do ente responsável pela regulação dos setores de telecomunicações e serviços postais na República Federal da Alemanha. Com sua sede em Bonn, e escritórios regionais localizados em várias cidades da Federação, a referida Autoridade Superior da Administração Federal, vinculada ao extinto “Ministério da Economia e da Tecnologia”, (*Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*) teve sua instituição prevista com a edição da “Lei das Telecomunicações”, aprovada em 1º de agosto de 1996²⁷.

O *RegTP* substituiu o “Ministério Federal dos Correios e das Telecomunicações” e o “Escritório Federal para os Correios e Telecomunicações” (*Bundesamt für Post und Telekommunikation – BAPT*), ambos órgãos da Administração Federal com atribuições relacionadas aos setores de telecomunicações e de serviços postais antes da Terceira Reforma Postal. Suas operações se iniciaram em 1º de janeiro de 1998, tendo, entre outras funções, no que pertine ao setor de telecomunicações, a promoção da competição, a outorga de licenças, o gerenciamento de radiofrequência e de numeração, o controle de práticas anti-competitivas, a regulação de preços e tarifas das operadoras com poder de mercado significativo e o monitoramento da interconexão, do acesso às redes e das obrigações de serviço universal²⁸.

Em 13 de julho de 2005, por meio da “Lei Sobre a Agência Federal de Redes para Eletricidade, Gás, Telecomunicações, Correios e Ferrovias” (*Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen*), aprovada como “artigo 2º” (*Artikel 2*) de um extenso diploma normativo que inovou o Direito Energético na Alemanha, a “Segunda Lei para Nova Regulamentação do Direito Energético Econômico” (*Zweites Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts*), o *RegTP* foi renomeado, passando a ser chamar “Agência Federal de Redes para Eletricidade, Gás, Telecomunicações, Correios e Ferrovias” (*Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen*) ou, simplesmente, *Bundesnetzagentur*, tendo também suas atribuições ampliadas, tornando-se responsável pela regulação dos setores de eletricidade, gás e, a partir de 1º de janeiro de 2006, de ferrovias:

Lei Sobre a Agência Federal de Redes para Eletricidade, Gás, Telecomunicações, Correios e Ferrovias/2005: § 1. O órgão Regulador para Telecomunicações e Serviços Postais será renomeado Agência Federal de Redes para Eletricidade, Gás, Telecomunicações, Correios e Ferrovias.²⁹

²⁷ § 66 (1) Zur Wahrnehmung der sich aus diesem Gesetz und anderen Gesetzen ergebenden Aufgaben wird die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie mit Sitz in Bonn errichtet.

²⁸ Xavier, Patrick; Ypsilanti, Dimitri. **Regulatory Reform In Germany**. Paris, Publicações OECD, 2004, p. 14.

²⁹ Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen/2005: §1. Die (...) “Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post” wird in “Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen” (Bundesnetzagentur) umbenannt.

3.1. RAZÕES PARA A CRIAÇÃO DA *BUNDESNETZAGENTUR*

À primeira vista, causa espécie que o tradicional órgão regulador de telecomunicações e serviços postais se torne, “da noite para o dia”, também competente para o controle de mercado de infra-estruturas tão distintas como eletricidade, gás e ferrovias, relacionadas, as duas primeiras, à produção de energia e a última, ao provimento de transportes. Sabe-se que telecomunicações e serviços postais são áreas afetas à comunicação e, talvez, por isso, observando-se a evolução histórica do Direito das Telecomunicações na Alemanha, compreenda-se por que o controle estatal sobre elas, de maneira geral, ocorreu sempre de forma conjunta, fosse por meio da edição de leis que tratavam de ambas as matérias, fosse através da criação de órgãos da Administração responsáveis pelo monitoramento dos dois setores. Natural que esse controle do Estado, após um processo de abertura de seus mercados para exploração pela iniciativa privada, continuasse a ser exercido pela mesma autoridade, caso uma viesse a ser criada, o que acabou acontecendo com o *RegTP*. Contudo, o mesmo não ocorre com os citados setores de eletricidade, gás e ferrovias, surgindo, desta forma, o questionamento sobre o motivo ou motivos que levaram a esta tão inusitada incorporação de funções.

Para responder a esta pergunta, é necessário que se faça uma avaliação, ainda que superficial, do setor energético na Alemanha, cuja evolução nos últimos anos foi o grande motivador para criação desta nova Agência. Ou seja, as razões que levaram o *RegTP* a se transformar em *Bundesnetzagentur* não se encontram no setor de telecomunicações, tampouco no de serviços postais, mas sim no energético. Uma crise interna na Alemanha nos segmentos de eletricidade e gás, somada³⁰ à edição de diretivas da União Européia³¹, que obrigaram cada país membro, se ainda não o tivesse feito, a criar um órgão regulador setorial para as referidas infra-estruturas, foram os fatores responsáveis por tal mudança.

A exemplo do ocorrido nas telecomunicações, o setor energético também passou por um processo de liberalização na Alemanha. Em abril de 1998, em cumprimento às diretivas comunitárias n.º 96/92/CE e n.º 98/30/CE, relacionadas, entre outros aspectos, à produção e à distribuição de eletricidade e gás, respectivamente, e que determinaram a abertura destes mercados na Europa, foi editada a “Lei da Economia Energética” (*Energiewirtschaftsgesetz*). Entre os objetivos desta norma, estavam a introdução da competição e os consequentes benefícios advindos disso, em especial a diminuição das tarifas, tanto para o consumo residencial como para o abastecimento comercial e industrial, sem se olvidar da proteção ao meio ambiente, tema de grande relevância internacional³².

Todavia, no conjunto de inovações trazidas pela “Lei da Economia Energética”, não estava prevista a criação de um órgão regulador setorial, como aconteceu, expressamente, com o *RegTP* no setor de telecomunicações, através do § 66 da “Lei das Telecomunicações”, de 1996.

Em um primeiro momento, vigendo a “Lei da Economia Energética”, as tarifas de consumo de eletricidade e gás baixaram. Contudo, com o decorrer do tempo, esta

³⁰ Deutsche Welle. **Monopólio encarece energia na Alemanha**. Bonn: Deutsche Welle, 15.09.2004. [on line] Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.dwworld.de/dw/article/0,2144,1328713,00.html> (consultado em 08/06/2006).

³¹ Prevezanos, Klaudia. **Sinal verde para maior concorrência**. Bonn: Deutsche Welle, 04.09.2003. [on line] Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.dw-world.de/dw/article/0,2144,962672,00.html> (consultado em 08/06/2006).

³² § 1 Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung mit Elektrizität und Gas im Interesse der Allgemeinheit

situação não se sustentou, tendo em vista que, entre outros fatores, a falta de um controle estatal mais rigoroso, fruto da ausência de um órgão regulador setorial, levou a uma série de fusões e aquisições de empresas que resultaram em uma concentração de mercado, revertendo, desta forma, a inicial tendência de redução de preços. Tal fato levou a Alemanha a ocupar a um posto não muito confortável na Europa, qual seja, a de país cujas tarifas de energia estavam entre as mais altas, causando grande insatisfação da sociedade e afetando diretamente o seu parque industrial, o que terminou por comprometer, inclusive, o seu crescimento econômico. O monopólio destes conglomerados energéticos se deu principalmente sobre as redes de transmissão, forçando as empresas menores a pagar taxas equivalentes a quase um terço do valor da energia que vendem para poderem distribuir sua produção³³.

Somada a esta realidade, em junho de 2003, foram sancionadas as diretivas comunitárias n.º 2003/54/CE e n.º 2003/55/CE, trazendo inovações para os setores elétrico e de gás, respectivamente, as quais conduziram a Alemanha a uma revisão da sua legislação de energia. Com isso, após calorosas discussões nas duas casas do Congresso, *Bundestag* (equivalente à Câmara de Deputados) e *Bundesrat* (equivalente ao Senado), em julho de 2005, foi aprovado um extenso diploma normativo que pode ser considerado um novo marco regulatório energético na Alemanha, a “Segunda Lei para Nova Regulamentação do Direito Econômico Energético” (*Zweites Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts*), a qual trouxe como “artigo 1º” (*Artikel 1*), a nova “Lei da Economia Energética”, conhecida por *EnWG - 2005*, esta, sim, prevendo expressamente a subordinação do setor de energia a um regime de regulação, no qual fosse garantida uma competição eficiente e justa³⁴.

Durante o processo legislativo, decidiu-se que tal função deveria ser assumida pelo próprio *RegTP*, dado o curto período de tempo para implementação das diretrizes comunitárias n.º 54 e 55, passando este órgão a ser denominado “Órgão Regulador Federal para Eletricidade, Gás, Telecomunicações e Correios”³⁵ (*Bundesregulierungsbehörde für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Post* ou *REGTP* – sigla com letras maiúsculas³⁶).

Todavia, face à edição da “Terceira Lei para Modificação das Normas Ferroviárias” (*Dritten Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften*), que, entre outras determinações, definiu que o controle do acesso à infra-estrutura de ferrovias também deveria ser realizado sob a batuta de um órgão regulador, optou-se por estender ainda mais as já previstas ampliações de competências do *RegTP*.

Desta forma, o original órgão regulador de telecomunicações e serviços postais, de acordo com a “Lei Sobre a Agência Federal de Redes para Eletricidade, Gás, Telecomunicações, Correios e Ferrovias” aprovada como “artigo 2º” da “Segunda Lei para Nova Regulamentação do Direito Energético Econômico”, passou a ser

³³ Deutsche Welle. **Monopólio encarece energia na Alemanha**. Bonn: Deutsche Welle, 15.09.2004. [on line] Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.dwworld.de/dw/article/0,2144,1328713,00.html> (consultado em 08/06/2006).

³⁴ §1 (2) Die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze dient den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen.

³⁵ Prevezanos, Klaudia. **Sinal verde para maior concorrência**. Bonn: Deutsche Welle, 04.09.2003. [on line] Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.dw-world.de/dw/article/0,2144,962672,00.html> (consultado em 08/06/2006).

³⁶ Brunekreeft, Gert; Tweleman, Sven. **Regulation, Competition and Investment in the German Electricity Market: RegTP or REGTP**. Cambridge: Cambridge Working Papers in Economics, 2004, p. 1-2.

denominado *Bundesnetzagentur*³⁷, tornando-se responsável pela regulação das mencionadas infra-estruturas.

A idéia central da transformação do *RegTP* em *BundesnetzAgentur* foi aproveitar a estrutura e a experiência adquirida pelo *RegTP* nos seus quase oito anos de existência e aplicá-la no monitoramento de outras áreas que possuem desafios regulatórios semelhantes, a saber, acesso à rede, *bottlenecks*, limites de capacidade, recursos escassos, entre outros. Ou seja, em que pese serem eletricidade, gás, telecomunicações, serviços postais e ferrovias infra-estruturas bem distintas uma das outras, algumas em maior grau, outras em menor, todas elas consistem em indústrias de rede, sendo certo que a experiência, isto é, os sucessos e os insucessos adquiridos na regulação de um setor podem bem ser usados na regulação de outros³⁸.

3.2 ATRIBUIÇÕES DA *BUNDESNETZAGENTUR*

A “Lei Fundamental da República Federal da Alemanha” (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), de 1949, prevê que a Federação, além de ter competência legislativa exclusiva sobre temas afetos a telecomunicações³⁹, também é responsável, no plano administrativo, pela execução de atribuições relacionadas ao setor⁴⁰.

Tal responsabilidade é dividida entre o “Ministério da Economia e do Trabalho” (*Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit*), extinto “Ministério da Economia e da Tecnologia” (*Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*), e a *Bundesnetzagentur*.

O “Ministério da Economia e do Trabalho” é o órgão superior da Administração Federal ao qual a *Bundesnetzagentur* está vinculada⁴¹. Dentre as suas atribuições está a edição e a atualização de princípios e diretrizes para as políticas de telecomunicações do governo federal, a elaboração de propostas para mudanças do marco regulatório do setor de telecomunicações, como as que ocorreram com edição da nova “Lei das Telecomunicações”, de 2004, e o tratamento de temas relacionados a organismos europeus e internacionais de telecomunicações⁴².

A *Bundesnetzagentur*, por sua vez, é o órgão regulador do setor⁴³, sendo que seu objetivo principal é aplicar a “Lei de Telecomunicações”, de 2004, e seus respectivos regulamentos. No exercício desta função, inclui-se a promoção da competição, a outorga de licenças, o gerenciamento de radiofrequência e de numeração, o controle de práticas anticompetitivas, a regulação de preços e tarifas das operadoras com poder de

³⁷ § 54 (1) Die Aufgaben der Regulierungsbehörde nehmen die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Bundesnetzagentur).

³⁸ Ofcomwatch. **To be or not RegTP**...London: Ofcomwatch, 01.08.2005.[on line] Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.ofcomwatch.co.uk/2005/08/to-be-or-not-regtp> (consultado em 08.06.2006).

³⁹ GG/1949: “Art 73. Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebung über: (...) 7. (...) die Telekommunikation”.

⁴⁰ GG/49: “Art 87. (2) (...) Hoheitsaufgaben im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation werden in bundeseigener Verwaltung ausgeführt.

⁴¹ Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen/2005: “§1(...) Sie ist eine (...)Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (...)”.

⁴² Xavier, Patrick; Ypsilanti, Dimitri. **Regulatory Reform In Germany**. Paris, Publicações OECD, 2004, p. 13.

⁴³ Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen/2005: “§ 2 Die Bundesnetzagentur ist auf den Gebieten (...) (2) des Telekommunikationsrechts (...)”.

mercado significativo e o monitoramento da interconexão, do acesso às redes e das obrigações de serviço universal⁴⁴.

Os poderes que a *Bundesnetzagentur* possui para fazer cumprir suas atribuições incluem direitos de informação e investigação, podendo inspecionar negócios e dados das operadoras. As determinações da Agência não podem ser modificadas por autoridade administrativa superior, ou seja, pelo “Ministério da Economia e do Trabalho”, e as ações judiciais ajuizadas em face da *Bundesnetzagentur* devem ser levadas diretamente às Cortes Administrativas⁴⁵.

3.3 ESTRUTURA DA *BUNDESNETZAGENTUR*

A Agência é dirigida por um presidente e dois vice-presidentes, nomeados pelo Governo Federal, indicados pelo Presidente da República Federal da Alemanha, de acordo com proposta do “Conselho Consultivo” (*Beirat*). O presidente e seus vices representam a agência judicialmente e extrajudicialmente, conduzindo-a de acordo com o seu Regimento Interno⁴⁶.

O “Conselho Consultivo” é formado por trinta e dois membros, sendo dezesseis oriundos do *Bundestag* e dezesseis do *Bundesrat*, todos nomeados pelo Governo Federal, de acordo com as indicações das suas casas de origem⁴⁷. Entre as matérias que se submetem à análise do “Conselho Consultivo” estão aquelas relacionadas ao leilão de licenças que envolvam radiofrequências escassas e as que dizem respeito ao provimento do serviço universal⁴⁸. A grande maioria das decisões, todavia, não é tomada pelo *Beirat*, que, como seu próprio nome diz, é um órgão de aconselhamento. O “Conselho Consultivo” é regularmente informado sobre as atividades da Agência para que possa expressar sua opinião.

⁴⁴ Bundesnetzagentur. **Aufgaben der Bundesnetzagentur**. Bonn: Bundesnetzagentur. [on line] Disponível na internet via WWW.URL: [http://www.bundesnetzagentur.de/enid/b9886b3b7b3ff01401b8069b523d1f28.0/Ueber die Agentur/Aufgaben_30.html](http://www.bundesnetzagentur.de/enid/b9886b3b7b3ff01401b8069b523d1f28.0/Ueber%20die%20Agentur/Aufgaben_30.html) (consultado em 08.06.2006).

⁴⁵ Bundesnetzagentur. **Status der Bundesnetzagentur**. Bonn: Bundesnetzagentur. [on line] Disponível na internet via WWW.URL: [http://www.bundesnetzagentur.de/enid/d30ccb2d0cbf92cb14dcb40a7510648b.0/Die Bundesnetzagentur/Ueber die Agentur sa.html](http://www.bundesnetzagentur.de/enid/d30ccb2d0cbf92cb14dcb40a7510648b.0/Die%20Bundesnetzagentur/Ueber%20die%20Agentur%20sa.html) (consultado em 08.06.2006).

⁴⁶ **GESETZ ÜBER DIE BUNDESNETZAGENTUR FÜR ELEKTRIZITÄT, GAS, TELEKOMMUNIKATION, POST UND EISENBAHNEN/2005: “(1) DIE BUNDESNETZAGENTUR WIRD VON EINEM PRÄSIDENTEN ODER EINER PRÄSIDENTIN GELEITET. DER PRÄSIDENT ODER DIE PRÄSIDENTIN VERTRITT DIE BUNDESNETZAGENTUR GERICHTLICH UND AUßERGEICHTLICH UND REGELT DIE VERTEILUNG UND DEN GANG IHRER GESCHÄFTE DURCH EINE GESCHÄFTSORDNUNG. (2) DER PRÄSIDENT ODER DIE PRÄSIDENTIN HAT ALS STÄNDIGE VERTRETUNG ZWEI VIZEPRÄSIDENTEN ODER VIZEPRÄSIDENTINNEN. (3) DER PRÄSIDENT ODER DIE PRÄSIDENTIN UND DIE ZWEI VIZEPRÄSIDENTEN ODER VIZEPRÄSIDENTINNEN WERDEN JEWEILS AUF VORSCHLAG DES BEIRATES VON DER BUNDESREGIERUNG BENANNT. (4) DIE ERNENNUNG DES PRÄSIDENTEN ODER DER PRÄSIDENTIN UND DER ZWEI VIZEPRÄSIDENTEN ODER VIZEPRÄSIDENTINNEN ERFOLGT DURCH DEN BUNDESPRÄSIDENTEN ODER DIE BUNDESPRÄSIDENTIN”.**

⁴⁷ Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen/2005: “§ 5 Beirat (1) Die Bundesnetzagentur hat einen Beirat, der aus jeweils 16 Mitgliedern des Deutschen Bundestages und 16 Vertretern oder Vertreterinnen des Bundesrates besteht; (...) Die Mitglieder des Beirates und die stellvertretenden Mitglieder werden jeweils auf Vorschlag des Deutschen Bundestages und des Bundesrates von der Bundesregierung berufen (...)”.

⁴⁸ Telekommunikationsgesetz/2004: “§ 116 Der Beirat nach § 5 des Gesetzes über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen hat folgende Aufgaben: (...) (3) Der Beirat ist berechtigt, Maßnahmen zur Umsetzung der Regulierungsziele und zur Sicherstellung des Universaldienstes zu beantragen. (6) Der Beirat ist bei der Aufstellung des Frequenznutzungsplanes nach § 54 anzuhören.

As decisões da *Bundesnetzagentur*, que são publicadas sob a natureza jurídica de Atos Administrativos, dão-se, em regra, por meio de “Câmaras de Decisão” (*Beschlusskammern*), cada uma delas especializada em determinada atividade⁴⁹, coordenadas por um presidente e dois vice-presidentes. À Primeira Câmara de Decisão compete o licenciamento de serviços, entre eles o serviço universal; à Segunda Câmara, a regulação de preços e tarifas; à Terceira Câmara, o controle de práticas anticompetitivas; e à Quarta Câmara o controle do acesso às redes e a interconexão entre operadoras.

Figura 1. Estrutura organizacional do RegTP

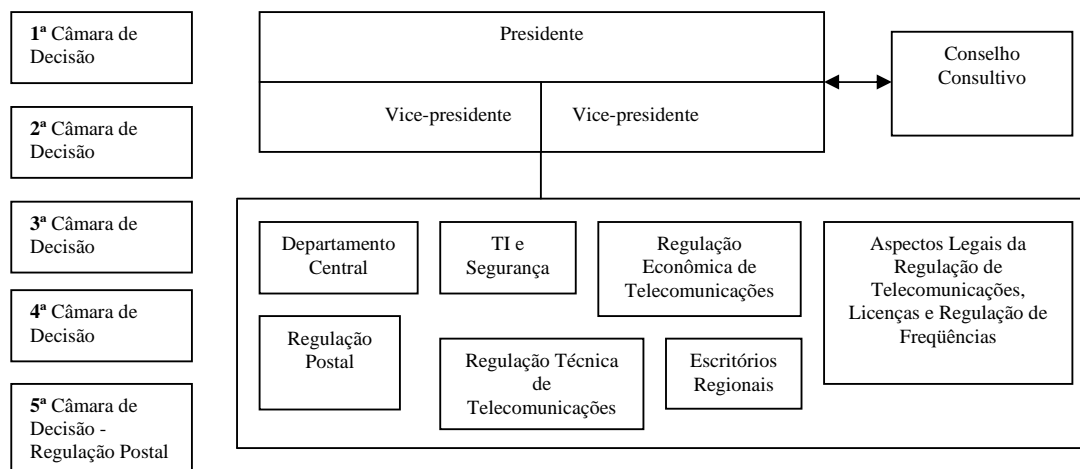
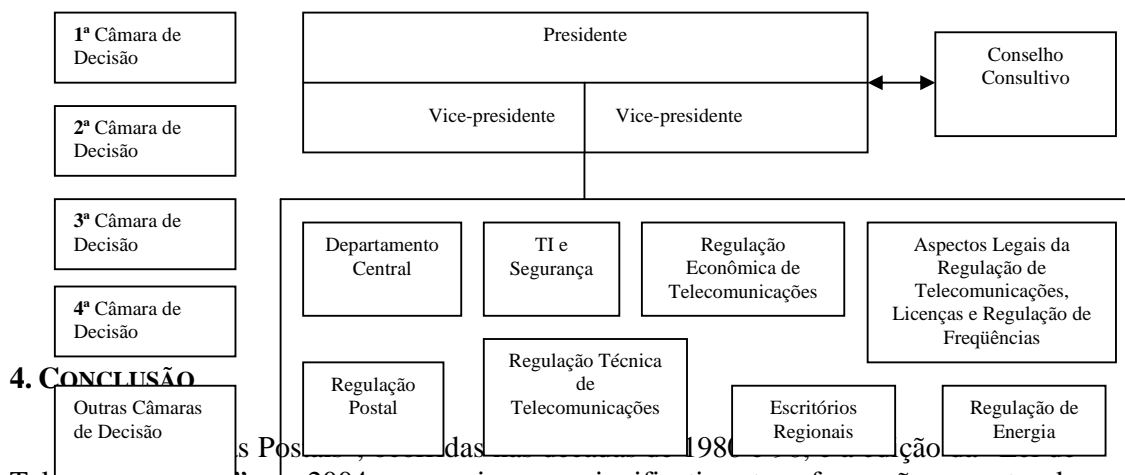


Figura 2. Estrutura organizacional da Bundesnetzagentur⁵⁰



4. CONCLUSÃO

Telecomunicações’, em 2004, proporcionaram significativas transformações no setor de telecomunicações na Alemanha. Todavia, o mesmo não pode ser dito em relação à criação da *Bundesnetzagentur*, em julho de 2005. Isto porque o surgimento desta “nova agência”, se é que assim pode ser chamada, pelo menos no que toca ao setor de

⁴⁹ Telekommunikationsgesetz/2004: “§ 132 Die Regulierungsbehörde entscheidet durch Beschlusskammern in den Fällen des Teils 2, des § 55 Abs. 9, der §§ 61, 62 und 81; Absatz 3 Satz 1 bleibt unberührt. Die Entscheidung ergeht durch Verwaltungsakt. (...)”.

⁵⁰ Compete às outras Câmaras de Decisão (5ª, 6ª, 7ª, 8ª e 9ª) a regulação dos mercados postal, elétrico e de gás.

telecomunicações, deu-se, principalmente, por motivos relacionados ao mercado energético deste país. Ou seja, não fosse a necessidade de implantação de um órgão regulador para o setor de gás e eletricidade, o *RegTP* não teria sido renomeado, nem teria suas atribuições ampliadas. Corrobora este entendimento o fato de as atribuições e a estrutura organizacional do *RegTP* terem sido reproduzidas, em linhas gerais, no engendramento da *Bundesnetzagentur*. Em suma, o cenário regulatório do setor de telecomunicações na Alemanha, após o surgimento da *Bundesnetzagentur*, em termos práticos, não sofreu grandes modificações.

5. BIBLIOGRAFIA

BRUNEKREEFT, Gert; TWELEMAN, Sven. **Regulation, Competition and Investment in the German Electricity Market: RegTP or REGTP**. Cambridge: Cambridge Working Papers in Economics, 2004.

Bundesnetzagentur. **Aufgaben der Bundesnetzagentur**. Bonn: Bundesnetzagentur. [on line] Disponível na internet via WWW.URL:

[http://www.bundesnetzagentur.de/enid/b9886b3b7b3ff01401b8069b523d1f28.0/Ueber die Agentur/Aufgaben_30.html](http://www.bundesnetzagentur.de/enid/b9886b3b7b3ff01401b8069b523d1f28.0/Ueber%20die%20Agentur/Aufgaben_30.html) (consultado em 08.06.2006).

Bundesnetzagentur. **Status der Bundesnetzagentur**. Bonn: Bundesnetzagentur. [on line] Disponível na internet via WWW.URL:

[http://www.bundesnetzagentur.de/enid/d30ccb2d0cbf92cb14dcb40a7510648b.0/Die Bundesnetzagentur/Ueber die Agentur sa.html](http://www.bundesnetzagentur.de/enid/d30ccb2d0cbf92cb14dcb40a7510648b.0/Die%20Bundesnetzagentur/Ueber%20die%20Agentur%20sa.html) (consultado em 08.06.2006).

CHEN, Yung-chih, **Die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte in Deutschland und das neue Konzept der Regulierung**. Vol. 1, 1ª ed., Berlin: Editora Rhombos, 2002.

DEUTSCHE WELLE. **Monopólio encarece energia na Alemanha**. Bonn: Deutsche Welle, 15.09.2004.

[on line] Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.dwworld.de/dw/article/0,2144,1328713,00.html> (consultado em 08.06.2006).

KNIEPS, Günter. **Competition, Regulation and Privatisation: The Railroads and Telecommunications Network Industries in Germany**. Freiburg: Discussion Paper - Institut für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik No. 104, 2004.

KOENIG, Christian; LOETZ, Sascha; NEUMANN, Andreas. **Telekommunikationsrecht**. Vol. I, 1ª ed., Heidelberg: Editora Recht und Wirtschaft, 2004.

Ofcomwatch. **To be or not RegTP**...London: Ofcomwatch, 01.08.2005.[on line] Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.ofcomwatch.co.uk/2005/08/to-be-or-not-regtp> (consultado em 08.06.2006).

PICOT/Arnold. **Das Telekommunikationsgesetz auf dem Prüfstand**. Vol. I, 1ª ed. Berlin: Editora Springer, 2004.

PREVEZANOS, Klaudia. **Sinal verde para maior concorrência**. Bonn: Deutsche Welle, 04.09.2003.

[on line] Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.dw-world.de/dw/article/0,2144,962672,00.html> (consultado em 08.06.2006).

XAVIER, Patrick; YPSILANTI, Dimitri. **Regulatory Reform In Germany**. Paris, Publicações OECD, 2004.

O PROCESSO DE COORDENAÇÃO E O DIREITO DE EXPLORAÇÃO DE SATÉLITE

*Renata Figueiredo Santoyo**

*Camila Dario Correia Lima**

SUMÁRIO

Introdução. Do procedimento de coordenação. Do procedimento para notificação e registro no Registro Mestre da UIT. Da geração de *Paper Satellites*. Do procedimento interno para obtenção de posição orbital. A figura do Direito de Exploração de Satélite e suas características no mundo jurídico. O requerimento para obtenção do Direito de Exploração de Satélite. Do satélite estrangeiro.

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista que as posições orbitais no arco geoestacionário são um recurso escasso e precisam ser coordenadas para que sejam distribuídas de forma justa e equânime entre os países do globo terrestre, este trabalho visa orientar o leitor quanto aos procedimentos necessários para a obtenção de uma posição orbital junto à União Internacional de Telecomunicações (UIT) e em seguida descrever o procedimento interno para a sua utilização em nome da Administração Brasileira.

2. DO PROCEDIMENTO PARA OBTENÇÃO DO DIREITO DE EXPLORAÇÃO DE POSIÇÃO ORBITAL JUNTO A UIT

Quando falamos em direito de exploração de posição orbital, precisamos ter em mente os conceitos de órbita e de espectro de frequências. Estes podem ser caracterizados como recursos escassos e devem ser compartilhados pelos países do Globo.

As órbitas podem ser classificadas, em relação à forma, como circulares e elípticas, ou, em função da posição em relação a um observador na superfície terrestre, como geoestacionárias ou não geoestacionárias.

A órbita geoestacionária é aquela situada a aproximadamente 36.000 km da superfície da Terra no plano do Equador. Os satélites que ocupam posições nessa órbita são chamados satélites geoestacionários. Estes satélites giram em torno da Terra na mesma velocidade de rotação dela e, dessa forma, parecem estar imóveis quando observados de qualquer ponto da superfície terrestre.

Para que a superfície da Terra seja continuamente coberta, com exceção dos pólos, são necessários, pelo menos, três satélites geoestacionários separados de 120°. As órbitas LEO, MEO e HEO são órbitas não geoestacionárias. As órbitas LEO são circulares, baixas, de altitude entre 700 km a 2000 km e usualmente orbitam no plano equatorial inclinado. As órbitas MEO são circulares e intermediárias, de altitude 10.000 km. As órbitas HEO são elípticas e descrevem uma trajetória para cuja altitude varia de 1000 km (perigeo) e 39.000 km (apogeo).

* Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações da área jurídica.

* Engenheira Eletricista formada pela Universidade Federal de Campina Grande

As faixas de frequências ou, ainda, as bandas de frequências consideradas típicas para prestação de serviços de telecomunicações via satélites são as seguintes:

Faixa de frequências	Banda C	
Enlace de descida	3400 MHz	4200 MHz
Enlace de subida	5850 MHz	6725 MHz

Faixa de frequências	Banda Ku	
Enlace de descida	10,70 GHz	10,95 GHz (Apêndice 30)
	10,95 GHz	12,20 GHz
	11,45 GHz	12,20 GHz
Enlace de subida	12,75 GHz	13,25GHz (Apêndice 30)
	13,75GHz	14,50 GHz

Faixa de frequências	Banda Ka	
Enlace de descida	27,50 GHz	30 GHz
Enlace de subida	17,70 GHz	20,20 GHz

Neste texto serão tratados aspectos regulatórios internacionais para ocupação e operação de uma posição na órbita geoestacionária, por meio da qual se realizam os mais prósperos serviços de telecomunicações via satélite.

Devido ao congestionamento atual da órbita geoestacionária, existe uma disputa acirrada entre os países para ocupar uma posição orbital. Isto porque uma mesma posição orbital pode ser atraente comercialmente para vários países. É o caso do arco orbital de interesse do Brasil, 167°W a 46°E, que também é de interesse dos Estados Unidos e dos demais países das Américas.

Por este motivo, a União Internacional de Telecomunicações (UIT), órgão da ONU que cuida dos assuntos de telecomunicações, gerencia os recursos de órbita e de espectro para que possam ser utilizados de forma justa e equânime por todos os países, designados Administrações pela UIT.

3. DO PRINCÍPIO “FIRST COME, FIRST SERVED”

A filosofia da UIT para utilização dos recursos orbitais e do espectro de frequências pelas Administrações baseia-se no princípio *first come, first served*. Em outras palavras, o primeiro a efetuar a solicitação de utilização desses recursos junto à UIT, será o primeiro a poder utilizá-los.

4. DO PROCEDIMENTO DE COORDENAÇÃO

Para que o satélite de uma Administração ocupe uma determinada posição na órbita geoestacionária, utilizando uma porção do espectro de frequências, é necessário que se efetue previamente um procedimento de coordenação com as demais Administrações que detêm satélites vizinhos e que são passíveis de interferências prejudiciais. Entende-se por coordenação o procedimento realizado pelas Administrações para que diplomaticamente decidam como se dará a convivência entre suas redes de satélites.

Esse procedimento de coordenação é disciplinado no Regulamento de Radiocomunicações da UIT (RR), especificamente no artigo 9 desse Regulamento, e é tornado público por meio de uma série de publicações, denominadas Seções Especiais, que ocorrem em circulares quinzenais denominadas BR IFIC (*Master International Frequency Register*).

O procedimento de coordenação inicia-se quando uma Administração informa ao Bureau de Radiocomunicações da UIT – BR sua intenção em lançar um satélite para ocupar uma determinada posição orbital. Nesse momento, que deve ser pelo menos sete anos antes da entrada em operação da rede de satélite, a Administração apresenta ao BR um breve resumo do projeto do satélite. Neste resumo devem ser apresentadas informações referentes à posição orbital pretendida, ao tipo de serviço que se deseja prestar, às faixas de frequências, à área de cobertura e uma previsão de data de entrada em operação. A este conjunto de informações é dado o nome de informação antecipada. A data de recebimento da informação antecipada pelo BR marca o início do processo de coordenação da rede de satélite. A informação antecipada é publicada na Seção Especial API/A.

Feito isso, a Administração tem até dois anos para apresentar ao BR um conjunto detalhado de informações sobre a sua rede de satélite de forma a subsidiar a análise do BR e das outras Administrações. A este conjunto detalhado de informação é dado o nome de informações de coordenação. Estas informações são publicadas na Seção Especial CR/C.

Nessa Seção Especial, o BR indica à Administração responsável pela rede de satélite com quais redes de satélites de outras Administrações será necessário efetuar o processo de coordenação. Para esta indicação, o BR considera a posição orbital e as faixas de frequências planejadas para a rede de satélite entrante. Na Seção Especial CR/C, são incluídas as redes de satélites de outras Administrações com precedência, em outras palavras, redes de satélites que tiveram seu procedimento de coordenação iniciado previamente, que foram planejadas para as mesmas faixas de frequências da rede de satélite entrante e que estão dentro de um arco orbital calculado conforme definido no Apêndice 5 do RR.

Na Seção Especial é publicada uma lista das redes de satélite incluídas pelo BR no processo de coordenação da rede entrante. Nessa lista são incluídas as redes de satélites planejadas ou em operação em posições orbitais a $\pm 10^\circ$ da posição orbital pretendida pela rede de satélite entrante, quando se tratar de rede de satélite nas faixas de frequências da banda C. Quando banda Ku, o arco orbital é de $\pm 9^\circ$; e é de $\pm 8^\circ$ para banda Ka.

Supondo-se que a Administração Brasileira, representada pela Anatel, desejasse iniciar o processo de coordenação para a rede de satélite B-SAT-BR, em banda Ka, para a posição orbital 75°W , a Seção Especial CR/C referente à rede de satélite B-SAT-BR apresentaria uma lista com as seguintes redes de satélites:

Rede de Satélite	Administração	Posição Orbital
Arco Orbital 83°W - 67°W ($75^\circ\text{W} \pm 8^\circ$)		
AM-SAT 83W-B	Reino Unido	83°W
CAN-BSS-82.0	Canada	82°W
CAN-BSS1 TTAC	Canada	82°W
CAN-BSS8	Canada	82°W
CANSAT KA-3	Canada	82°W
CANSAT-31	Canada	82°W
PAS-ENDEAVOUR-81W	Austrália	81°W
AM-SAT 79W	Reino Unido	79°W
LUX-G3-32-A	Luxemburgo	79°W
MEASAT-ROUTE-79W	Malásia	79°W
CAN-BSS-78.0	Canada	78°W
URUSAT-3	Uruguai	78°W

USASAT-70E	Estados Unidos	77°W
NAHUEL-D-KA	Argentina	76°W
TANGO-C	Argentina	76°W
PAS-ENDEAVOUR-74WKA	Austrália	74°W
USASAT-33U	Estados Unidos	73°W
LUX-G3-33-A	Luxemburgo	72°W
NAHUEL-C-KA	Argentina	72°W
F-SAT 12 KA	França	71°W
USASAT-70B	Estados Unidos	71°W
WEST-GEO-J	França	71°W
F-SAT-UHF-GEO-10	França	71°W
USASAT-32D	Estados Unidos	69°W
USDKA2	Estados Unidos	69°W
USASAT-32B	Estados Unidos	67°W
INTELSAT KAEXT 67.5W	Estados Unidos	67.5°W
CAN-BSS-72.5	Canada	72.5°W
URUSAT-4	Uruguai	75.5°W

A Administração Brasileira teria que coordenar e obter os acordos de coordenação das Administrações responsáveis por essas redes. Outras Administrações que não tiveram suas redes de satélites incluídas pelo *Bureau* de Radiocomunicações no processo de coordenação da rede de satélite entrante, mas que julguem que suas redes de satélite podem sofrer interferências prejudiciais, podem solicitar inclusão no processo de coordenação por meio de correspondências enviadas ao BR e à Administração responsável pela rede de satélite entrante. Este comunicado deve ser efetuado no prazo de quatro meses contado da data de publicação da Seção Especial CR/C. O procedimento de coordenação é concluído quando são obtidos os acordos de coordenação das Administrações envolvidas no processo de coordenação.

Pelo menos um ano antes do vencimento do prazo de sete anos para entrada em operação da rede de satélite, a Administração deve encaminhar ao *Bureau* de Radiocomunicações a informação referente à *Due Diligence* Administrativa, conforme especificado na Resolução 49 do Regulamento de Radiocomunicações da UIT. A informação referente à *Due Diligence* Administrativa deve contemplar, entre outras informações, os dados do construtor do satélite e uma previsão para lançamento deste. Esta informação é publicada na Seção Especial RES49/. Essencialmente, neste momento se deseja informar às Administrações a evolução do projeto para lançamento do satélite.

5. DO PROCEDIMENTO PARA NOTIFICAÇÃO E INSCRIÇÃO NO REGISTRO MESTRE DA UIT

Ao final do período de sete anos, deve-se iniciar o Procedimento para Notificação e inscrição das frequências associadas à rede de satélite no Registro Mestre da UIT, *Master International Frequency Register* – MIFR, conforme disciplinado no Artigo 11 do Regulamento de Radiocomunicações da UIT. Este procedimento, da mesma forma que o procedimento de coordenação, é divulgado pelo *Bureau* de Radiocomunicações. As informações referentes ao Procedimento de Notificação são publicadas nas seções PART-IS, IIS e III-S das circulares quinzenais BR IFIC. Concluído este procedimento, a rede de satélite ganha notoriedade perante as

Administrações e durante um determinado prazo de validade, que varia de 15 a 20 anos, estará apta para prestação de serviços de telecomunicações.

6. DA GERAÇÃO DE *PAPER SATELLITES*

Em face do congestionamento da órbita geoestacionária, muitas Administrações decidiram iniciar o processo de coordenação para várias posições orbitais somente para resguardar uma porção da órbita geoestacionária e do espectro radioelétrico. Dessa forma, as Administrações iniciam o processo de coordenação para várias redes de satélites, mas não possuem interesse em implementar todas elas. Assim, várias redes de satélites foram criadas, mas nunca saíram do projeto. Estas redes foram chamadas de *paper satellites* ou satélites de papel.

Uma vez que o *Bureau* analisa as informações enviadas pelas Administrações antes de publicá-las em Seções Especiais, a fila para análise tornou-se grande. Com o intuito de desestimular esse tipo de conduta por parte das Administrações a UIT criou, por meio da Decisão 482 e de suas revisões, o *cost recovery* ou custo de recuperação, passando a cobrar pela análise realizada das informações referentes às redes de satélite.

7. DO PROCEDIMENTO INTERNO PARA OBTENÇÃO DE DIREITO DE EXPLORAÇÃO DE POSIÇÃO ORBITAL

Ao mesmo tempo em que ocorre o processo de coordenação junto à UIT, ocorrem também os procedimentos internos dentro do Brasil para a utilização da posição orbital, ou seja, não se tratam de fatos sequenciais, mas concomitantes. Dessa forma, para que o procedimento seja compreendido como um todo, isto é, desde o pleito junto a UIT até a utilização da posição dentro do País, explicaremos como funciona o trâmite dentro do Brasil para a obtenção da posição orbital e onde o procedimento de coordenação internacional se situa dentro desse processo. Assim, a partir deste ponto abordaremos como se dá o procedimento interno para adquirir o direito de explorar uma posição orbital brasileira.

8. A FIGURA DO DIREITO DE EXPLORAÇÃO DE SATÉLITE E SUAS CARACTERÍSTICAS NO MUNDO JURÍDICO

Inicialmente, cabe explicarmos o que seria a figura “Direito de Exploração de Satélite” e suas características jurídicas. O operador de satélite obtém junto à Administração brasileira um direito de exploração de satélite. Essa figura é nova e possui a mesma hierarquia da concessão, da permissão e da autorização.

Na Lei Geral de Telecomunicações (LGT), seu procedimento é análogo à autorização, daí o porquê de suas aplicações se equipararem àquelas da autorização e às disposições presentes no Capítulo II do Título III para fins de procedimento e licenciamento. Essa figura foi criada porque nenhuma das figuras presentes, nem a concessão, a permissão ou a autorização, serviria para definir o conceito pertinente aos satélites, que possui peculiaridades; por isso, utiliza-se o termo “conferir direito de exploração de satélite”.

Veja que não seria possível equiparar o direito de exploração de satélite nem à concessão nem à permissão. A concessão possui um prazo de 20 anos e é prestada em regime público. Por esta razão possui obrigações de universalização e de continuidade. Já a permissão possui caráter emergencial e provisório e é prestada em situação excepcional.

De acordo com o art. 60 da LGT, “serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações”, sendo telecomunicação “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

O direito de exploração de satélite difere-se por não constituir um serviço de telecomunicações. Os satélites são, assim como a fibra óptica, um meio para a prestação de um serviço. Para que um operador de satélite possa comercializar sua capacidade espacial em território nacional é preciso que lhe seja conferido um direito de exploração de satélite. De posse desse direito os operadores de satélite podem prestar serviços de telecomunicações por meio de satélites brasileiros e estrangeiros.

Para compreendermos melhor o porquê de o Direito de Exploração de Satélite não poder ser equiparado à autorização, comparemos ambos os conceitos.

A LGT define autorização da seguinte forma:

“Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias” (art.131, §1º)

A mesma lei trata o Direito de Exploração de Satélite em seu art. 172, *caput*, como se segue:

“O direito de exploração de satélite brasileiro para transporte de sinais de telecomunicações assegura a ocupação da órbita e o uso das radiofrequências destinadas ao controle e monitoração do satélite e à telecomunicação via satélite, por prazo de até quinze anos, podendo esse prazo ser prorrogado, uma única vez, termos da regulamentação”.

Comparando os dois conceitos, podemos observar que a autorização trata de um serviço de telecomunicação, enquanto o direito de exploração de satélite assegura a ocupação de uma posição orbital e do espectro de frequência a ela associado para a prestação serviços de telecomunicações por meio de satélite geoestacionário. O detentor do direito de exploração de satélite comercializa a capacidade espacial de seu satélite para que os prestadores de serviço de telecomunicações possam viabilizar seus serviços, tais como telefonia, televisão e dados.

A autorização não caduca, enquanto o direito de exploração possui um prazo de quinze anos, passível de prorrogação. A LGT não possui um capítulo específico para tratar do Direito de Exploração de Satélite, como o faz para autorização, concessão e permissão. Por isso, quando é preciso recorrer à LGT para tratar desse assunto, como no caso das sanções, por exemplo, tratamos o Direito de Exploração de Satélite de forma análoga à autorização.

9. O REQUERIMENTO PARA OBTENÇÃO DO DIREITO DE EXPLORAÇÃO DE SATÉLITE.

A LGT em seu Capítulo III, Título V, define as regras “Da órbita e dos Satélites”, dispondo sobre os requisitos e critérios específicos para execução de serviço de telecomunicações que utilize satélite, geoestacionário ou não, independentemente de o acesso a ele ocorrer a partir do território nacional ou do exterior. (art. 170 da LGT)

Os satélites brasileiros devem ser usados preferencialmente aos estrangeiros quando propiciarem condições equivalentes. De acordo com o art. 171, § 2º, da LGT, entende-se por satélite brasileiro “aquele que utiliza recursos de órbita e espectro radioelétrico notificados pelo País, ou a ele distribuídos ou consignados, e cuja estação de controle e monitoração seja instalada no território brasileiro”. Se a Operadora de Satélite já possuir o satélite em órbita e quiser atuar em território nacional apenas com a estação de controle e monitoração instalada no território brasileiro, ele não será considerado um satélite brasileiro, seguindo as normas referentes ao satélite estrangeiro.

O prazo desse direito de exploração é de quinze anos, podendo ser prorrogado uma única vez de acordo com o art. 172 da LGT. Esse prazo assegura a ocupação da órbita e o uso das radiofrequências destinadas ao controle de monitoração do satélite e à telecomunicação via satélite. Em relação ao prazo cabem aqui algumas considerações para alinharmos o entendimento do prazo referente ao procedimento interno com o prazo referente ao procedimento externo, de coordenação.

Por não existir um tempo exato de vida útil do satélite, e em virtude de a tecnologia avançar com mais velocidade que as legislações, surge a dificuldade em definir prazos que atendam satisfatoriamente às Administrações. O Operador pode, ao longo do prazo, substituir o satélite caso haja necessidade. A substituição, de acordo com o art. 48 do Regulamento aprovado pela Resolução da Anatel nº 220, é permitida, desde que dentro do prazo de vigência do direito de exploração e desde que comprovados os motivos que justifiquem a substituição. Devem ser mantidas as características técnicas do satélite original.

No caso do prazo de quinze anos terminar e o satélite ainda estar ativo no espaço, pode-se requerer a prorrogação do direito de exploração de satélite. Em suma, o prazo ao Operador brasileiro é de quinze anos junto à Administração brasileira, podendo ser prorrogado por igual período uma única vez, desde que a Operadora se manifeste até três anos antes do vencimento do prazo original e que sejam mantidas as mesmas características técnicas do satélite – art. 17, do Regulamento aprovado pela Resolução nº 220, de 5 de abril de 2000. O prazo da Administração brasileira junto à UIT é pleiteado no processo de coordenação de acordo com as suas necessidades, podendo ser, com base na Resolução 4 do RR, prorrogado.

Essa prorrogação advém da necessidade de que a vida útil do satélite esteja alinhada com o prazo conferido ao Operador. Isso porque a vida útil de um satélite dura em média quinze anos e não há como prever com exatidão esse tempo, tendo em vista que, por razões técnicas, há satélites que duram mais e outros que duram menos tempo.

O Direito de Exploração de Satélite Brasileiro é conferido com base no Regulamento sobre o Direito de Exploração de Satélite para transporte de sinais de telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 220. Este Regulamento define as competências da Anatel para impedir a concentração econômica no mercado e também dispõe sobre condições de acesso por entidades brasileiras a segmento espacial, estabelecido por meio de acordos intergovernamentais dos quais o Brasil faça parte (arts. 4º e 7º do Regulamento aprovado pela Resolução nº 220).

Conforme já esclarecido anteriormente, os satélites brasileiros possuem preferência para prestação de serviços de telecomunicações via satélite quando este

propiciar condições equivalentes às de terceiros, isto é, quando os prazos forem compatíveis com as necessidades da prestadora, quando as condições de preço forem equivalentes ou mais favoráveis e quando os parâmetros técnicos atenderem aos requisitos do projeto da prestadora.

O pagamento do direito de exploração de satélite é conferido a título oneroso e ocorre de acordo com o §4º do art. 172, da LGT. O Regulamento aprovado pela Resolução da Anatel nº 386, de 3 de novembro 2004, define os critérios de cobrança do Preço Público pelo Direito de Exploração de Satélite. A partir deste Regulamento o pagamento referente a esse Direito passou a ser conferido em conjunto com a radiofrequência associada. Anteriormente o pagamento era realizado em separado, isto é, pagava-se pelo Direito de Exploração de Satélite e pela radiofrequência associada.

A posição orbital é licitada ao longo do processo de coordenação, ou seja, não é possível esperar a coordenação terminar para depois a licitar. Isto porque o Operador já vai, ao longo dos sete anos possíveis ao procedimento, construindo seu satélite e preparando seu lançamento. A construção de um satélite é um processo longo e dispendioso e não pode ser realizada em um curto período. Se inexigível a licitação, conforme disposto nos arts. 91 e 92 da LGT, o direito de exploração será conferido mediante processo administrativo estabelecido pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel. Do contrário, ou seja, diante da necessidade de licitação, aplicam-se os dispositivos 88 a 90 da LGT.

Ainda que o processo de coordenação ainda não esteja concluído, a Agência poderá realizar consulta pública e conferir o direito de exploração de satélite ao interessado. Tão logo conferido o direito de exploração, o Operador está apto a participar do processo de coordenação, em conjunto com a Administração Brasileira, podendo modificar a rede de satélite planejada inicialmente, para que esta rede esteja tecnicamente de acordo com seus interesses. Adicionalmente, o Operador buscará os acordos de coordenação junto às Administrações que tiveram suas redes de satélites incluídas no mesmo processo de coordenação. A Administração permanece presente no processo de coordenação e o operador vai coordenar sempre em nome da Administração a qual pertence e nunca em nome próprio.

Mesmo depois de licitada a posição orbital, a participação da Administração junto à UIT permanece ativa. Isso se dá por duas razões: a primeira é pelo motivo já citado, ou seja, acompanhar a licitante vencedora a coordenar da forma que melhor lhe couber; a segunda razão é proteger os interesses das outras operadoras brasileiras de tal forma que a posição que está sendo pleiteada não venha futuramente prejudicar as ocupantes de novas posições orbitais nacionais. Pode-se observar, assim, o forte papel mediador que a Administração brasileira possui junto aos operadores de satélite, procurando manter os interesses de todos em harmonia.

Inicialmente, quando um operador de satélite participa de uma licitação, ele não possui garantia de que conseguirá, de fato, ficar com a posição orbital desejada perante as outras Administrações, pois ele pode perder a precedência e conseqüentemente perder o direito ao uso dessa posição orbital junto a UIT. Além disso, o prazo de sete anos para lançar e implementar a rede de satélite pode caducar sem que o operador tenha conseguido construir e lançar o seu satélite.

Ganhar a licitação significa, portanto, que, no âmbito interno, nenhuma outra operadora poderá requerer direito de exploração de satélite para aquela posição orbital e para o espectro de frequências a ela associado. A Administração pleiteia a posição orbital diante de um interesse concreto de alguma operadora, sendo que, neste caso, a operadora solicita à Anatel que inicie o procedimento de coordenação. Por outro lado, a Administração brasileira, por meio da Agência, também pode iniciar o procedimento de

coordenação sem que haja um interesse concreto de nenhum operador de satélite. Neste caso, ela estará defendendo os interesses do País, evitando que posições estratégicas sejam ocupadas por outros países.

Entretanto, apesar de tão poucas “garantias”, é preciso sempre lembrar os princípios básicos da UIT, já descritos no processo de coordenação, e a importância da diplomacia, do respeito mútuo e do respeito às tradições e costumes. Estes princípios são fortemente considerados e respeitados, o que dá segurança aos membros, e alicerça às regras. A UIT atua como um Órgão mediador entre as Administrações, que criam as regras a serem seguidas. Ela possui representação de 190 países e esses países se reúnem com frequência para discutir e decidir as questões regulatórias concernentes a telecomunicações.

Outra observação importante a ser feita é em relação à precedência. Já foi dito que no procedimento de coordenação a precedência para determinada posição orbital é baseada no princípio do *first come, first served*. Ocorre que, caso a posição orbital requerida já esteja ocupada por um satélite, a Administração responsável por aquela posição orbital possui prioridade ou precedência para continuar nela caso queira, precisando apenas requerer junto à UIT prorrogação do prazo, de acordo com a Resolução 4 do Radio Regulation.

Isso acaba gerando uma certa tradição de alguns países em relação a determinadas posições orbitais. O Brasil, por exemplo, ocupa a posição orbital 61°W há anos. Se por um lado isso provoca um entendimento entre as Administrações, por outro causa uma escassez cada vez maior de novas posições orbitais para Administrações entrantes.

Procurando resolver o problema da escassez das posições orbitais, a UIT criou o plano do Apêndice 30B, este plano visa distribuir porções da banda C e da banda Ku entre os 190 países membros da UIT, tendo como objetivo preservar a oportunidade para que todos os países se beneficiem do uso de sistemas de satélites geoestacionários. As posições orbitais que fazem parte desse plano já estão predeterminadas e não podem ser coordenadas. Todavia, os aspectos regulatórios vêm sendo discutidos exaustivamente entre os países membros da UIT, tentando-se chegar a uma conclusão se este plano deve ser mantido ou alterado.

10. DO SATÉLITE ESTRANGEIRO

Satélite estrangeiro é aquele cujo procedimento de coordenação junto à UIT foi iniciado por outra Administração que não a brasileira. O Operador de satélite estrangeiro normalmente atua em território brasileiro com parte de sua capacidade espacial e realiza o pagamento do direito de exploração de satélite proporcionalmente à capacidade que está sendo utilizada. A ele cabem as regras aplicáveis ao satélite brasileiro no que se refere ao prazo, ou seja, possui um prazo de quinze anos a contar da data de publicação do termo no Diário Oficial da União.

O uso de satélite estrangeiro será admitido quando sua contratação for feita mediante empresa constituída segundo as leis brasileiras e com sede e administração no País, na condição de representante legal do operador estrangeiro (art. 171, §2º, da LGT).

Ao operador estrangeiro, o direito é conferido mediante “Termo de Exploração de Satélite Estrangeiro”, o qual permite o provimento de capacidade de satélite estrangeiro no Brasil e o uso de radiofrequências destinadas à telecomunicação via satélite. Este termo foi aprovado pela Resolução nº 378, de 24 de setembro de 2004, e determina o modelo de Termo de Direito de Exploração de Satélite Estrangeiro a ser seguido. O Termo de Exploração de Satélite Estrangeiro não confere à Exploradora de

satélite direito ou prerrogativa de exclusividade nem privilégio no provimento de capacidade espacial, isto é, outras entidades estrangeiras poderão atuar em território nacional.

O pagamento do Direito de Exploração de satélite estrangeiro diferencia-se do brasileiro no sentido de que aquele é feito em referência à porcentagem de capacidade satelital que usará do satélite.

A Agência poderá realizar consulta pública para determinar se é de interesse público conferir o direito de exploração de satélite estrangeiro requerido. Poderá, ainda, determinar ações e prazos a serem cumpridos, estando a manutenção do direito de exploração de satélite estrangeiro sujeita à implementação dos resultados obtidos no acordo de coordenação (art. 13, §1º, do Regulamento aprovado pela Resolução nº 220). Na possibilidade de não ser realizado o acordo de coordenação, a Agência poderá extinguir o direito de exploração de satélite conferido (art. 13, §2º, do Regulamento aprovado pela Resolução nº 220).

Ao satélite estrangeiro aplica-se o princípio da reciprocidade. Este princípio possui previsão no art. 15 do Regulamento aprovado pela Resolução nº 220 e é de fundamental importância que seja respeitado, pois o respeito mútuo aos acordos e a diplomacia são essenciais ao processo de coordenação junto a UIT. Por isso, antes de conferir o direito de exploração de satélite, os aspectos de reciprocidade de tratamento em relação aos satélites estrangeiros que prestam serviço de telecomunicações no País devem ser analisados.

De acordo com o art 13, §1º e §2º, “a Agência poderá determinar ações e prazos a serem cumpridos, estando a manutenção do direito de exploração de satélite estrangeiro sujeita à implementação dos resultados obtidos no acordo de coordenação”. Caso o acordo de coordenação não se concretize, a Agência poderá extinguir o direito de exploração de satélite conferido.

DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS DO CONTROLE EXTERNO SOBRE O SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA

Alcance, mecanismos e fundamentos constitucionais do controle externo sobre a gestão dos serviços públicos delegados no setor elétrico

*Guilherme Henrique de La Rocque Almeida**
*Rodrigo de Oliveira Fernandes**

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Tribunal de Contas da União – TCU. 3. O controle externo dos serviços públicos delegados. 4. Alguns casos relevantes. 5. As divergências jurisprudenciais no âmbito do TCU. 6. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a examinar o controle externo dos serviços públicos delegados, conferindo especial ênfase aos serviços prestados no setor elétrico. O ponto fulcral da discussão será a análise das divergências jurisprudenciais sobre essa matéria existentes no Tribunal de Contas da União – TCU. Serão, ainda, apresentados os fundamentos e os limites da atuação do TCU e sopesadas as críticas e ponderações apresentadas pelos interessados (agências reguladoras, empresas concessionárias e permissionárias, usuários e organizações da sociedade civil) e pelos estudiosos da matéria.

Tendo em vista que o conhecimento público das atividades do controle externo, em geral, e do Tribunal de Contas da União, em particular, ainda não atingiu o nível desejado, os autores deste texto consideraram necessário tecer, em caráter preliminar, considerações relevantes sobre a Corte de Contas Federal.

Num segundo momento, serão analisadas as normas e os procedimentos do TCU relativos ao controle dos serviços delegados. Em seguida, a título de exemplo, serão discutidos alguns casos considerados relevantes e emblemáticos da atuação do TCU.

Finalmente, será analisada em detalhes a divergência jurisprudencial existente no Tribunal de Contas da União.

2. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

2.1 Considerações iniciais

* Bacharel em Direito, Especialista em Direito Público e Especialista em Políticas Públicas, pela Universidade de Brasília - UnB. Mestrando em Direito e Estado pela UnB. Assessor de Ministro do Tribunal de Contas da União – TCU.

* Engenheiro Eletrônico pela UFRJ. Pós-graduado em Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos. Especialista em Regulação de Telecomunicações pela UnB. Assessor de Ministro do TCU.

A institucionalização da função de fiscal das atividades estatais tem origem na Grécia Antiga, com os *logistas*, e na República Romana, com os *questores*. Na Idade Média, a Inglaterra e a França implantaram dois órgãos de controle das finanças, o *Exchequer* e a *Chambre de Comptes*, respectivamente. Na Idade Moderna, esses entes foram extintos e substituídos pelo *Comptroller General of the Receipt and Issue of his Majesty's* e pela *Cour de Comptes*. Como assinalou FERRAZ¹, essas instituições influenciaram as demais que foram posteriormente criadas em todo o mundo.

Registre-se que, segundo ZYMLER², “no cenário ocidental, observa-se a preponderância de modelos de controle externo centrados no Poder Legislativo, que o exerce, geralmente, com o auxílio de um órgão técnico.”

GUALAZZI³ aduz haver cinco modelos de controle externo legislativo ou parlamentar, a saber:

a) o anglo-saxônico: adotado na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos, na Irlanda, em Israel e em alguns países anglófonos da África e da Ásia. Há um órgão monocrático (Controladoria-Geral ou Auditoria-Geral), que é auxiliado por um escritório revisional a ele subordinado. O dirigente desse órgão⁴ goza de garantias equivalentes às conferidas aos magistrados, é indicado pelo Parlamento e a ele se reporta;

b) o latino: há um órgão colegiado que possui funções de controle e jurisdicionais. Via de regra, esse órgão exerce apenas o controle de legitimidade. Esse modelo foi adotado na Itália, na França, na Bélgica, na Romênia e em vários Estados francófonos africanos. Uma interpretação extremada do Princípio da Tripartição dos Poderes, típica do constitucionalismo francês, impede a existência de uma conexão direta entre o Poder Legislativo e o órgão de controle;

c) o germânico: existe um órgão de controle colegiado, cujos membros possuem garantias de independência judiciária. É encontrado na Alemanha e na Áustria. Referido órgão exerce apenas atribuições de controle e consultivas em relação ao Parlamento e ao Governo;

d) o escandinavo: o controle é exercido por uma série de órgãos, tais como os revisores parlamentares e o escritório de revisão. Os primeiros controlam a execução do orçamento e são nomeados a cada legislatura. O escritório de revisão tem competência exclusiva para verificar a eficácia administrativa e propor medidas corretivas dos problemas apontados. Destaca-se, ainda, na Suécia, a figura do *ombudsman*, que é eleito em nome do Parlamento para supervisionar o modo pelo qual todos os agentes públicos aplicam a lei e representar contra os que agem de modo ilegal ou que negligenciam seus deveres;

e) o latino-americano: há Controladorias-Gerais ou Tribunais de Contas, como no caso do Brasil. Distintamente do modelo latino, em que o contencioso administrativo é proposto perante um corpo de magistrados que, apesar de não integrar o Poder Judiciário, profere decisões que podem ser protegidas pelo manto da coisa julgada, os Tribunais de Contas e as Controladorias não têm competências jurisdicionais *stricto sensu*.

O controle exercido pelos Tribunais de Contas pode se efetivar em três momentos:

¹ FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 112.

² ZYMLER, Benjamin. *O Controle Externo e o Tribunal de Contas da União*. Palestra proferida, em 25/05/2004, no Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

³ Obra citada. pp. 28 e 29.

⁴ Nos Estados Unidos, esse controlador é o *General Accounting Office (GAO)*, enquanto na Inglaterra é o *National Accounting Office (NAO)*.

a) posteriormente à prática dos atos e à celebração dos contratos: é criticado pelos que entendem que a fiscalização posterior não evita o dano, mas apenas pune o culpado;

b) *a priori* e com veto absoluto à execução das despesas consideradas irregulares. É mais eficaz no que concerne à prevenção de ilícitos, porém, o veto absoluto pode engessar a Administração e gerar muitos conflitos judiciais envolvendo a Corte de Contas e o Executivo;

c) controle prévio com veto passível de desconsideração pelo Chefe do Poder Executivo e o registro sob protesto (caso o Primeiro Ministro determine o registro de um ato considerado irregular pela Corte). É um meio termo entre as duas variedades anteriores.

Cumprе ressaltar que, consoante lição de BUGARIN⁵, as três modalidades de controle acima citadas não são mutuamente excludentes, podendo ocorrer situações concretas em que o mesmo órgão exercite duas ou mais modalidades, como ocorre com o TCU no caso das delegações de serviços públicos, como se verá mais adiante.

2.2 Gênese e evolução do TCU

No Brasil, sob a égide da Constituição de 1824, foram apresentados dois projetos de lei, o primeiro criando o Tribunal de Revisão de Contas e o segundo instituindo o Tribunal de Exame de Contas. Referidos projetos, que adotavam o modelo francês, foram arquivados, sob a alegação de que esse órgão seria redundante, pois desempenharia funções já exercidas pelo Tesouro Nacional. Em seguida, dois outros projetos foram apresentados e rejeitados.

Observa-se, assim, que o Brasil estava atrasado em relação a vários países europeus, pois, segundo SPECK⁶, já existiam naquela época os Tribunais de Contas da Espanha, da Áustria e da Prússia, além da Corte de Contas Francesa, todos eles instituídos com a finalidade de combater a execução de despesas desnecessárias ou excessivas.

Durante o Segundo Reinado, foram apresentados vários projetos que não lograram melhor sorte. Assim, somente durante o Governo Provisório de Deodoro da Fonseca, por intermédio do Decreto nº 966-A, de 07/11/1890, foi criado o Tribunal de Contas.

Segundo Rui Barbosa⁷, idealizador do Tribunal de Contas, essa Corte seria:

“um corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil. Convém levantar, entre o Poder que autoriza periodicamente as despesas e o que cotidianamente as executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando-se com a Legislatura e intervindo na Administração, seja, não só o vigia, mas a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpretação de infrações orçamentárias, por um veto oportuno aos atos do Executivo que, direta ou indiretamente, próxima ou remotamente, discrepem da linha das leis das finanças.”

⁵ Obra citada. p. 51.

⁶ Obra citada. pp. 28 a 37.

⁷ BARBOSA, Rui. *Obras completas*. 1891. v. XVIII, t. III.

Apesar de o art. 89 da Constituição de 1891 ter confirmado a criação do Tribunal de Contas, ele só foi instalado em 17/11/1893. De início, a Corte, que foi instituída com a finalidade de liquidar as contas da receita e da despesa e de verificar a respectiva legalidade, gozou de grande poder, tendo sido adotados o controle prévio e o veto absoluto⁸. Posteriormente, o caráter absoluto do veto foi abrandado, passando os Ministros de Estado a poder apelar ao Presidente da República contra os vetos do Tribunal⁹. Nessa época, as decisões definitivas da Corte transitavam em julgado e ensejavam o seqüestro de bens e a prisão administrativa dos responsáveis condenados.

A Revolução de 1930 ocasionou um enfraquecimento do Tribunal de Contas, que passou a apenas informar aos Ministros de Estado as irregularidades detectadas¹⁰. Note-se que, após o advento da Constituição de 1937, o controle das despesas públicas passou a realizado *a posteriori*. Com a redemocratização do país e o advento da Constituição de 1946, a Corte de Contas recuperou seu prestígio¹¹ e ampliou suas competências, passando a examinar também os atos de pessoal (aposentadorias, reformas e pensões). Apesar de o controle continuar predominantemente posterior, havia hipóteses, como no caso dos contratos, em que ele era concomitante. Além disso, a legislação ordinária podia prever hipóteses de controle prévio.

A posição institucional do Tribunal de Contas começou a ser definida pela Lei nº 830/1949, que utilizou pela primeira vez a expressão “órgão auxiliar do Poder Legislativo”. Referida posição foi tema de muitos.

A Revolução de 1964 implicou novo declínio das competências do Tribunal, pois foi conferido poder ao Presidente da República para derrogar as impugnações da Corte, *ad referendum* do Congresso, e determinar a execução dos atos considerados irregulares. Segundo RAMOS¹², não se pode olvidar que se estava “*vivendo a temporada de cassações de mandatos*”. Por outro lado, não se pode negar que a Constituição de 1967 incorporou importantes inovações do ponto de vista técnico. Assim, foi formalizada a distinção entre os controles interno e externo¹³, foi prevista a realização de auditorias e inspeções e foi abolido o controle prévio, sem embargo da possibilidade de haver um controle concomitante.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 7, de 13/04/1977, ampliou os poderes do Chefe do Executivo, permitindo que ele ordenasse a execução ou o registro de atos impugnados pela Corte de Contas.

Com a nova redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, o Tribunal de Contas da União ganhou novas atribuições, que serão analisadas a seguir.

2.3 Posição institucional

A Constituição de 1988 não situou o Tribunal de Contas da União em nenhum dos três Poderes da República. Assim sendo, entende-se que ele é um órgão autônomo. Nesse sentido, CELSO DE MELLO ressaltou que “*como o Texto Maior*

⁸ Por força do Regulamento nº 1.166/1892.

⁹ Com fulcro no Decreto Legislativo nº 392/1896.

¹⁰ Uma análise do enfraquecimento das competências do Tribunal de Contas durante o primeiro governo Vargas pode ser encontrada em PINHEIRO, Ewald Sizenando. *O controle financeiro pelo Tribunal de Contas*. Rio de Janeiro: DASP, 1958.

¹¹ É interessante notar que os governos autoritários sempre enfraqueceram o TCU. Por outro lado, a redemocratização do país sempre acarretou o fortalecimento da Corte de Contas.

¹² RAMOS, Saulo. *A inserção dos Tribunais de Contas*. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Ano XIII, nº 2. 1995. p. 363.

¹³ O controle interno sobre os atos de um Poder é exercitado por órgãos desse mesmo Poder. Já o controle externo é a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional da Administração Pública realizada pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas.

*desdenhou designá-lo como Poder, é inútil ou improfícuo perguntarmo-nos se seria ou não um Poder. Basta-nos uma conclusão ao meu ver irrefutável: o Tribunal de Contas, em nosso sistema, é um conjunto orgânico perfeitamente autônomo.*¹⁴

Para melhor compreender a posição do TCU na estrutura do Estado Brasileiro, deve-se ter em mente que, como ressaltou MOREIRA NETO¹⁵, atualmente está superada a tese da rígida tripartição de poderes, que foi substituída pela idéia de policentrismo institucional¹⁶.

A existência de múltiplos centros de poder estatal não elimina a noção de que esse poder é uno e indivisível, mas apenas confirma a tese de que a Constituição Federal, exercitando o seu papel de limitar e condicionar o emprego desse poder, confere competências a determinados entes que devem exercê-lo visando ao desempenho de funções especializadas distintas. Ressalte-se que esses entes não estão, obrigatoriamente, enquadrados na clássica tripartição de poderes, pois, como bem observou HESSE¹⁷: “*podem existir órgãos especiais que inegavelmente detém poder estatal mas não se enquadram em esquemas rígidos, como é o caso do Tribunal Constitucional Federal.*”

Quando essas funções são essenciais à existência e ao funcionamento do Estado, os órgãos que as desempenham são criados pela própria Constituição¹⁸, como é o caso do Tribunal de Contas da União. Nessa hipótese, a Carta Magna, além de instituir o órgão, confere-lhe competência para exercer o poder público correspondente. Note-se que o objetivo maior da criação desses múltiplos centros de poder deve ser, nas palavras de CANOTILHO, “*a constituição de direitos fundamentais, materialmente legitimada*”. Com esse desiderato, deve haver uma “*articulação das normas de competência com a idéia de responsabilidade constitucional dos órgãos constitucionais (sobretudo dos órgãos de soberania¹⁹) aos quais é confiada a prossecução autônoma de tarefas.*”²⁰

À luz desses conceitos, fica patente que o Tribunal de Contas da União é um órgão constitucional, autônomo e de soberania, pois foi criado pela Constituição, que lhe conferiu essa autonomia, e suas funções são essenciais para a consolidação do Estado Democrático de Direito que se pretende preservar no Brasil. Ademais, como lembrou MOREIRA NETO²¹, o TCU é um órgão constitucional essencial porque desempenha funções políticas, que são expressões imediatas da soberania, e garante a aplicação dos princípios republicano e democrático a um dos mais delicados aspectos de qualquer complexo juspolítico, qual seja, a gestão fiscal.²² Nesse sentido, o TCU, ao

¹⁴ RDP 72:137.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Parlamento e a Sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas*. In SOUSA, Alfredo José de, et alli. *O Novo Tribunal de Contas – Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, pp. 52 e ss.

¹⁶ Segundo CANOTILHO, o fenômeno do policentrismo institucional acarreta a distribuição de funções políticas para vários órgãos e entidades públicos, os quais passam a atuar como centros de poder. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 711)

¹⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. pp. 487 a 489.

¹⁸ Esses entes são denominados órgãos constitucionais.

¹⁹ Órgãos de soberania são aqueles que, além de derivarem imediatamente da Constituição, destacam-se por serem essenciais à caracterização da forma de governo constitucionalmente instituída (CANOTILHO, obra citada, p. 709)

²⁰ Obra citada, p. 689.

²¹ Obra citada, pp. 60 e 61.

²² Referidas funções são atribuídas à Corte de Contas Federal pelo artigo 71 de nossa Lei Maior, transcrito a seguir no texto.

desempenhar o seu papel de Tribunal administrativo, ajuda a conferir legitimidade democrática às finanças públicas.

Finalizando a discussão sobre a autonomia do TCU, cumpre analisar as implicações da norma contida no caput do art. 71 da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:”

Constata-se que a Constituição Federal, além de estabelecer uma distinção clara entre o Congresso Nacional e o TCU, estabeleceu entre ambos uma relação de cooperação, não de subordinação ou hierárquica. Tal entendimento é corroborado por MEDAUAR, nos seguintes termos²³:

“A Constituição Federal, em artigo algum, utiliza a expressão ‘órgão auxiliar’; ela apenas dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização.

Tendo em vista que a própria Constituição assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-lo subordinado ao Legislativo ou inserido na estrutura do Legislativo. Se sua função é atuar em auxílio ao Poder Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição estatal independente.”

Esse entendimento foi acolhido pelo Pretório Excelso, por ocasião dos julgamentos da ADInMC nº 1.779 – PE²⁴ e da ADIn nº 849 – MT²⁵. Logo, foram elididas quaisquer dúvidas que pudessem subsistir a respeito da autonomia do TCU.

²³ MEDAUAR, Odete. Obra citada. pp. 140 e 141.

²⁴ Publicado no Diário da Justiça de 14/09/2001, com a seguinte ementa:

“Constituição do Estado de Pernambuco. Incisos VI e VII do artigo 14 e as expressões ‘e das Mesas Diretoras das Câmaras Municipais’ e ‘e a Mesa Diretora da Câmara Municipal’, contidas, respectivamente, no inciso III do § 1º e no § 2º do artigo 86. Disposições essas que, na conformidade da orientação assentada na jurisprudência do STF, ao atribuírem competência exclusiva à Assembléia Legislativa para julgar as contas do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas, do Tribunal de Justiça e das Mesas Diretoras das Câmaras Municipais, entram em choque com a norma contida no inciso I do artigo 71 da Constituição Federal. Procedência da ação.”

²⁵ Publicado no Diário da Justiça em 23/04/1999, com a seguinte ementa:

“Tribunal de Contas dos Estados. Competência: observância compulsória do modelo federal. Inconstitucionalidade de subtração ao Tribunal de Contas da competência para o julgamento das contas da Mesa da Assembléia Legislativa, compreendida na previsão do art. 71, II, da Constituição Federal, para submetê-las ao regime do art. 71, c/c art. 49, IX, que é exclusivo da prestação de contas do Chefe do Poder Executivo. I. O art. 75 da Constituição Federal, ao incluir as normas federais relativas a fiscalização nas que se aplicariam aos Tribunais de Contas dos Estados, entre essas compreendeu as atinentes as competências institucionais do TCU, nas quais é clara a distinção entre a do art. 71, I - de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo - e a do art. 71, II - de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. II. A diversidade entre as duas

Questão importante que decorre da posição institucional do TCU é a relativa à possibilidade e aos limites da revisão judicial das decisões da Corte de Contas. De um lado, alega-se que a impossibilidade dessa revisão colaboraria para uma eventual perpetuação de erros, injustiças ou violações de direitos porventura emergentes dessas decisões. Por outro lado, avalia-se que a possibilidade ilimitada de serem revistas as decisões dos Tribunais de Contas tornaria inócua a função do controle. Dessas considerações emergem as duas principais correntes de pensamento sobre o tema. Para a primeira, o Poder Judiciário somente poderia realizar o exame extrínseco do ato, verificando sua conformidade com a Lei e com os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório. Já a segunda defende que os tribunais podem adentrar no mérito das decisões do TCU.

O receio de que decisões injustas proferidas pelas Cortes de Contas prevaleçam perde muito de sua força quando se considera que a legislação ordinária e os Regimentos Internos dos Tribunais de Contas, em consonância com o disposto no art. 5º, LV, da Constituição de 1988²⁶, prevêm a possibilidade de serem interpostos diversos recursos no âmbito dessas Cortes, quais sejam, agravos, embargos de declaração, recursos de reconsideração, pedidos de reexame e recursos de revisão²⁷. Cumpre frisar, ainda, que a maior parte desses recursos possui efeito suspensivo²⁸, o que minimiza ainda mais a justa preocupação com eventuais prejuízos decorrentes de decisões incorretas provenientes dos Tribunais de Contas.

Com o fito de esclarecer a controvérsia sob comento, cumpre, preliminarmente, definir qual é a natureza jurídica do “julgamento” efetuado pelo Tribunal de Contas da União²⁹. Há décadas, parcela significativa da doutrina vem entendendo que o TCU, embora não integre o Poder Judiciário, pratica atos quase judiciais. Nesse sentido, SEABRA FAGUNDES asseverou que:³⁰

"O art. 71, § 4º, da Constituição Federal lhe comete o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens

competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita à competência do Poder Legislativo para o julgamento das contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas. Cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária. Tanto é assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, que são entregue à decisão definitiva do Tribunal de Contas."

²⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

²⁷ Em conformidade com o disposto no art. 277 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

²⁸ Apenas o recurso de revisão não possui efeito suspensivo.

²⁹ Ressalte-se que a Constituição Federal vigente consagrou o termo “julgamento” como gênero dos atos decisórios praticados pelo TCU.

³⁰ FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 142.

*ou dinheiros públicos, o que implica em investi-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra julgamento, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação, pelo Poder Judiciário, o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito, o criminal compete à Justiça da União, a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para reexaminá-lo.*³¹

Tal posição era reforçada pelo fato de a antiga Lei Orgânica do TCU afirmar que a Corte funcionava como um Tribunal de Justiça.³² Aliás, tal afirmação repetia o

³¹ Apesar de esse texto ter sido escrito sob a égide da Constituição de 1946, ele permanece atual porque a Constituição vigente, como mencionado anteriormente, também utiliza a expressão "julgar" e igualmente não relaciona o Tribunal de Contas entre os órgãos do Poder Judiciário.

³² Os artigos 69 e 70 da antiga Lei Orgânica do TCU (Lei nº 830, de 23/09/1949) estabeleciam que:

“Art. 69. Quando funcionar como Tribunal de Justiça, as decisões definitivas do Tribunal de Contas têm força de sentença judicial.

Art. 70. Compete ao Tribunal de Contas, como Tribunal de Justiça:

I – julgar originariamente ou em grau de recurso e rever as contas de todas as repartições, administradores das entidades autárquicas, funcionários e quaisquer responsáveis, incluído o pessoal diplomático e consular no exterior, os quais, singular ou coletivamente, houverem recebido, administrado, arrecadado e despendido dinheiros públicos, depósitos de terceiros ou valores e bens de qualquer espécie, inclusive em material, pertencentes à União, ou pelos quais essa seja responsável, ou estejam eles sob sua guarda, bem assim dos que as deverem prestar e responder pela perda, extravio, subtração ou estrago de valores, bens e material, da República, ou de que devam dar conta seja qual for o Ministério ou órgão da administração pública a que pertençam, em virtude de responsabilidade por contrato, comissão ou adiantamento;

II – impor multas e suspender os responsáveis remissos ou omissos na entrega de livros e documentos de sua gestão, ou relativos a adiantamentos recebidos que não acudirem à prestação das contas nos prazos fixados nas leis e nos regulamentos, ou quando, não havendo tais prazos, forem intimados para esse fim, independente da ação dos chefes das repartições que tenham de proceder inicialmente à tomada de conta dos responsáveis sob a sua jurisdição;

III – ordenar a prisão dos responsáveis que, com alcance julgado em sentença definitiva do Tribunal, ou intimados para dizerem sobre o alcance verificado em processo corrente de tomada de contas, procurarem ausentar-se furtivamente, ou abandonarem a função, o emprego, comissão ou serviço, de que se acharem encarregados, ou que houverem tomado por empreitada. Essa prisão não poderá exceder de três meses. Findo esse prazo, os documentos que serviram de base à decretação da medida coercitiva serão remetidos ao Procurador Geral da República, para a instauração do respectivo processo criminal. Essa competência, conferida ao Tribunal, não prejudica a do Governo e seus agentes, na forma da segunda parte do artigo 14 da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, para ordenar imediatamente a detenção provisória do responsável alcançado, até que o Tribunal delibere sobre ela, sempre que assim o exigir a segurança da Fazenda Nacional;

IV – julgar da legalidade da prisão decretada pelas autoridades fiscais competentes;

V – fixar, à revelia, o débito dos responsáveis, que em tempo não houverem apresentado as suas contas nem devolvido os livros e documentos de sua gestão;

disposto nos arts. 2º a 4º da Lei nº 392, de 8/10/1896, os quais estipulavam que o Tribunal de Contas funcionava como Tribunal de Justiça, com jurisdição contenciosa e graciosa, mediante processo em estilo judicial, no julgamento e na revisão das contas, em única instância.

A crença na atuação jurisdicional do TCU era tamanha que, até o advento do art. 5º, LXI, da Constituição de 1988, o Tribunal podia decretar a prisão dos responsáveis que procurassem "*ausentar-se furtivamente*", cabendo-lhe julgar a legalidade das prisões decretadas pelas autoridades governamentais³³.

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar o sistema da Jurisdição única³⁴, possibilitou o exercício do controle judicial das decisões do TCU. Entretanto, esse controle não é amplo e irrestrito, pois essas decisões só são passíveis de reforma quando caracterizada ilegalidade manifesta, preterição de formalidade legal ou violação da coisa julgada³⁵. Ressalte-se que ilegalidade manifesta é um procedimento contrário à

VI – ordenar o seqüestro dos bens dos responsáveis ou seus fiadores, em quantidade suficiente para segurança da Fazenda;

VII – mandar expedir quitação aos responsáveis correntes em suas contas;

VIII – autorizar a restituição das cauções dos responsáveis, quando constituídas por hipotecas e as aos contratantes, provada a execução ou rescisão legal do contrato;

IX – resolver sobre o levantamento dos seqüestros oriundos de sentença proferida pelo mesmo Tribunal e ordenar a liberação dos bens seqüestrados e sua respectiva entrega;

X – apreciar, conforme as provas oferecidas, os casos de força maior alegados pelos responsáveis como escusa do extravio dos dinheiros públicos e valores, a cargo dos incriminados, para o fim de ordenar o trancamento das respectivas contas, quando, por tal motivo, se tornarem iliquidáveis;

XI – julgar os embargos opostos às sentenças proferidas pelo Tribunal e a revisão do processo de tomada de contas, em razão de recurso da parte ou do representante do Ministério Público;

XII – expedir instruções às repartições federais e entidades autárquicas para levantamento das contas e organização de processos de tomada de contas aos responsáveis, antes de serem submetidos a julgamento do Tribunal.”

³³ Com fulcro no art. 70, III e IV, da Lei nº 830/1949, anteriormente reproduzido, e no art. 40, III, do Decreto-Lei nº 199/1967, **verbis**:

“Art. 40. O Tribunal de Contas:

(...)

III - Ordenará a prisão dos responsáveis que, com alcance julgado em decisão definitiva do Tribunal, ou intimados para dizerem sobre o alcance verificado em processo corrente de tomada de contas, procurarem ausentar-se furtivamente, ou abandonarem a função, o emprego, comissão ou serviço, de que se acharem encarregados. Essa prisão não poderá exceder de três meses. Findo esse prazo, os documentos que serviram de base à decretação da medida coercitiva, serão remetidos ao Procurador-Geral da República, para a instauração do respectivo processo criminal. Essa competência, conferida ao Tribunal, não prejudica a do Governo e seus agentes, na forma da legislação em vigor, para ordenar imediatamente a detenção provisória do responsável alcançado, até que o Tribunal delibere sobre esta, sempre que assim exigir a segurança da Fazenda Nacional.”

³⁴ O art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988 dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

³⁵ Pode-se fazer uma analogia com os atos de natureza predominantemente política, discricionária ou de economia interna do Parlamento, que são insusceptíveis de

clara disposição da lei, não um julgamento resultante de interpretação curial da norma, mesmo que sobre as decisões proferidas haja divergências. A preterição de formalidade legal normalmente enseja a afronta a princípios e garantias constitucionais capazes de tornar nulo de pleno direito o **decisum** da Corte de Contas, tais como a inobservância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A título de exemplo de decisões do STF concernentes à afronta a esses princípios e garantias constitucionais, podem ser citadas as seguintes:

“Mandado de Segurança. Questão de fato que não pode ser examinada no rito estreito do mandado de segurança é a de saber, em face das circunstâncias do caso, da licitude do procedimento adotado pelo DNER para a decretação de emergência, ao contrário do decidido pelo Tribunal de Contas. Improcedência das alegações de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório que se exercem nos termos da lei. Quanto à inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, o Tribunal de Contas seguiu estritamente o disposto no artigo 60 da Lei 8.443/1992. Mandado de segurança indeferido.” (Mandado de Segurança nº 23.739 - DF, Relator Ministro Moreira Alves)

“Lei Complementar nº 35/1979. Auxílio-Alimentação. Magistratura. Inexistência de direito. Tem caráter exaustivo a enumeração das vantagens conferidas aos magistrados pela Lei Complementar nº 35/1979. Precedentes (RE 100.584, RMS 21.410, AO 184, AO 155, MS 21.405). Benefício outorgado aos servidores em geral, por lei ordinária, não aos juízes. Inexistência de ofensa aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal se o agente público responsável pelo administrativo impugnado teve amplo acesso aos autos e interpôs as impugnações que julgou necessárias e se a impetrante também apresentou ao Tribunal de Contas pedido de reconsideração, regularmente apreciado. Segurança denegada.” (Mandado de Segurança nº 24.353 – Relatora Ministra Ellen Gracie)

Quanto à violação da coisa julgada, entende-se que o Tribunal de Contas está obrigado a respeitar a coisa julgada material. Assim, o TCU não poderá rever o mérito de decisão transitada em julgado nem tampouco proferir decisão ou determinação em sentido contrário. Caso discorde desse **decisum**, a Corte de Contas poderá valer-se dos institutos processuais pertinentes para tentar alterar a decisão proferida pelo Poder Judiciário, mas jamais poderá desrespeitá-la. Esse entendimento vem sendo seguidamente corroborado pelo STF, como se observa no Mandado de Segurança nº 23.758 - RJ, Relator Ministro Moreira Alves, e no Mandado de Segurança nº 23.665 - RJ, Relator Ministro Maurício Corrêa.

Compulsando a fundamentação das decisões prolatadas pelo Pretório Excelso, constata-se que seus membros tem procurado evitar uma interferência paralisante do Judiciário sobre o normal funcionamento dos Tribunais de Contas, no exercício da sua competência própria e privativa, salvo no caso *“de ato concreto violador de direito subjetivo determinado, que seria grave lesão à ordem constitucional, que é prisma eminentíssimo de ordem pública”*.³⁶

Assim, conclui-se que, salvo nos casos de ilegalidade manifesta, preterição de formalidade legal ou violação da coisa julgada material, as decisões do TCU fazem

apreciação judicial, salvo quanto à regularidade do seu procedimento. Nesse sentido, ver, por exemplo, os seguintes Acórdãos do STF: Mandados de Segurança nº 20.247, 20.464, 20.941, 21.263 e 21.374.

³⁶ Despacho do Ministro Sepúlveda Pertence na Suspensão de Segurança nº 773 – ES.

coisa julgada administrativa³⁷, não devendo seu mérito ser reapreciado pelo Poder Judiciário.

Como importante corolário dessa conclusão tem-se que, apesar de a decisão condenatória proferida pelo TCU ser um título executivo extrajudicial, por força do disposto no § 3º do art. 71 da Constituição Federal de 1988³⁸, um eventual embargo à execução não poderá versar todas as matérias que seria lícito deduzir em um processo de conhecimento. Esse entendimento, apesar de à primeira vista contrariar o disposto no art. 745 do Código de Processo Civil³⁹, mantém coerência lógica com o que foi acima exposto, pois evita que, salvo ilegalidade manifesta ou preterição de formalidade legal, haja rediscussão do mérito da decisão embargada. Ressalte-se que essa tese não acarreta prejuízo para o responsável apenado pelo TCU, ao qual já foi assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa quando do julgamento pelo Tribunal de Contas.

Finalmente, deve-se salientar a independência das instâncias administrativa, civil e penal. Esse princípio há muito existente no direito brasileiro encontra-se positivado, por exemplo, no art. 121 da Lei nº 8.112/1990, que prevê a responsabilidade do servidor público pelo exercício irregular de suas atribuições nas esferas cível, penal e administrativa. Assim, por um mesmo ato, um agente público pode ser responsabilizado penal, civil e administrativamente.

Contudo, existem exceções a essa regra. A sentença penal absolutória que proclamar a inexistência do fato ou a negativa de autoria obstará a atuação do Tribunal. Por outro lado, se o fundamento da sentença absolutória for a inexistência de provas, o Tribunal poderá apurar os fatos, quantificar o eventual dano causado ao erário federal e condenar o responsável, que poderá ser o mesmo da ação penal. Nesse sentido, pode-se citar o seguinte trecho de uma deliberação do TCU:

“6. (...) o fato de o responsável não ter sido condenado pelo crime de peculato não é suficiente para isentá-lo de responsabilidade na esfera administrativa, haja vista que a absolvição deu-se em razão exclusiva da ausência de provas. Consoante o ordenamento jurídico vigente, absolvição penal em razão de falta de provas não faz coisa julgada cível e não vincula decisão administrativa. Para que os efeitos da decisão penal se estendessem à esfera administrativa, a causa da absolvição deveria ser a negação da autoria ou da existência do fato legalmente descrito como crime.” (Acórdão nº 7/1999 - Primeira Câmara – Relator Ministro Benjamin Zymler)

2.4 Competências

Até 1967, o TCU julgava as contas dos gestores públicos e realizava o registro prévio das despesas públicas. Naquele ano, a Constituição então promulgada

³⁷ Diz-se que as decisões proferidas pelo TCU fazem coisa julgada administrativa por serem insuscetíveis de reapreciação no âmbito da Corte de Contas. Assim, a definição de coisa julgada administrativa pode ser a mesma mencionada no art. 467 do Código de Processo Civil, a seguir transcrito, com a ressalva de que opera no âmbito administrativo e não no âmbito do Poder Judiciário.

“Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

³⁸ *“§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.”*

³⁹ *“Art. 745 - Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.”*

extinguiu esse registro e conferiu competência ao Tribunal para realizar inspeções e auditorias em todos os órgãos e entidades da Administração Pública.

Até 1988, a Corte de Contas Federal realizava o controle contábil, financeiro e orçamentário apenas sob a ótica da legalidade. Essa situação foi radicalmente alterada quando a Constituição Federal vigente, ampliando o escopo desse controle, conferiu ao TCU competência para fiscalizar aspectos operacionais e patrimoniais, inclusive no que concerne à legitimidade e à economicidade⁴⁰.

Essa ampliação da competência do Tribunal está consubstanciada no art. 71 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que compete ao TCU:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

⁴⁰ O artigo 70 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu que “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.”

No plano infraconstitucional, o leque de competências do TCU foi ampliado pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/1992) e por diversas outras leis, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000)⁴¹ e da Lei de Licitações e Contratos Administrativos⁴².

As competências do TCU foram conferidas visando dotar o Tribunal das condições necessárias ao bom desempenho de suas nove funções básicas, a saber:

<i>Funções</i>	<i>Competências</i>
Fiscalizadora	Realizar auditorias e inspeções nos órgãos e entidades federais
Judicante	Julgar as contas
Sancionadora	Punir aqueles que praticaram atos irregulares e adotar as medidas necessárias ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário
Pedagógica	Emitir orientações e recomendações
Consultiva	Emitir parecer prévio sobre as contas do Presidente da República e responder a consultas formuladas por quem é legitimado para tanto
Informativa	Enviar ao Congresso Nacional informações, solicitadas ou não pelo Legislativo; expedir os alertas previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal e divulgar na <i>internet</i> dados sobre as atividades da

⁴¹ O art. 58 da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que o Tribunal de Contas da União emitirá parecer prévio e separado sobre as contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo e do Ministério Público e pelos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, todos da esfera federal. Além disso, o § 3º do art. 59 dessa Lei determina que o TCU acompanhará o cumprimento do disposto nos §§ 2º a 4º do art. 39 do normativo sob comento, **verbis**:

“Art. 39. Nas suas relações com ente da Federação, o Banco Central do Brasil está sujeito às vedações constantes do art. 35 e mais às seguintes:

I - compra de título da dívida, na data de sua colocação no mercado, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo;

II - permuta, ainda que temporária, por intermédio de instituição financeira ou não, de título da dívida de ente da Federação por título da dívida pública federal, bem como a operação de compra e venda, a termo, daquele título, cujo efeito final seja s’’’emelhante à permuta;

III - concessão de garantia.

§ 1º O disposto no inciso II, in fine, não se aplica ao estoque de Letras do Banco Central do Brasil, Série Especial, existente na carteira das instituições financeiras, que pode ser refinanciado mediante novas operações de venda a termo.

§ 2º O Banco Central do Brasil só poderá comprar diretamente títulos emitidos pela União para refinar a dívida mobiliária federal que estiver vencendo na sua carteira.

§ 3º A operação mencionada no § 2º deverá ser realizada à taxa média e condições alcançadas no dia, em leilão público.

§ 4º É vedado ao Tesouro Nacional adquirir títulos da dívida pública federal existentes na carteira do Banco Central do Brasil, ainda que com cláusula de reversão, salvo para reduzir a dívida mobiliária.”

⁴² Segundo o artigo 109, II, do Estatuto das Licitações e Contratos, os licitantes possuem legitimidade para representar ao TCU quando ocorrer alguma irregularidade no certame licitatório.

	Administração Pública, especialmente sobre as contas públicas das três esferas de governo ⁴³
Normativa	Editar normas, em consonância com o disposto no § 2º do artigo 1º da Lei Orgânica do TCU ⁴⁴
Ouvidoria	Receber denúncias, que podem ser formuladas por qualquer cidadão, partido político, sindicato ou organização da sociedade civil
Corretiva	Fixar prazos para os órgãos e entidades corrigirem as irregularidades ou falhas detectadas e sustarem os atos impugnados

No exercício de suas competências, o TCU pode apreciar a constitucionalidade de atos praticados pelo Poder Público⁴⁵. Entretanto, cumpre ressaltar que o Tribunal não pode exercer um controle abstrato de constitucionalidade, pois, se o fizer, estará invadindo uma competência exclusiva do STF. Logo, a Corte de Contas não pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma, mas apenas se negar a aplicá-la a uma determinada situação concreta, com espeque nessa suposta violação à nossa Lei Maior.

Cabe salientar que as ações do TCU estão sendo progressivamente direcionadas para a análise do desempenho da administração pública. Contudo, a adoção dessa nova forma de análise não implica o abandono do exame da legalidade. Assim, o Tribunal deve estar apto a analisar tanto o desempenho da Administração Pública quanto a legalidade dos atos praticados pelos gestores públicos.

Consoante lembrado por SPECK⁴⁶, a bifurcação dos enfoques adotados pelo TCU acarreta a necessidade de o Tribunal legitimar suas ações com base em duas lógicas distintas. A legitimidade do exame da legalidade de um ato decorre da observância das normas processuais aplicáveis à espécie, especialmente as que visam garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa. Já a análise do desempenho da Administração Pública e a auditoria operacional angariam legitimidade a partir do reconhecimento do respectivo valor como fonte de informações confiáveis, adequadas e oportunas para as instituições que delas farão uso⁴⁷. Para tanto, mais do que a observância de regras processuais, é vital que o corpo técnico da Corte de Contas adquira a *expertise* necessária à elaboração de trabalhos de peso, cujas conclusões sejam respeitadas e acatadas por profissionais altamente especializados e capacitados do ponto de vista técnico.

⁴³ O TCU mantém uma página na *internet* por meio da qual divulga diversas informações relacionadas a suas atividades (www.tcu.gov.br). Há também uma página específica para a consulta às contas públicas (www.contaspublicas.gov.br).

⁴⁴ “Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta lei:

(...)

XVII – decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.

(...)

§ 2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.”

⁴⁵ Essa prerrogativa foi confirmada pela Súmula 347 do STF, **verbis**: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”

⁴⁶ SPECK, Bruno Wilhelm. Obra citada. pp. 210 e ss.

⁴⁷ Referidas informações poderão ser utilizadas por varias instituições, dentre as quais se destacam o ente auditado, outros órgãos ou entidades da Administração Pública, concessionários/permissionários e organizações da sociedade civil, visando incrementar a efetividade da ação dos entes públicos e proteger os interesses dos cidadãos/usuários de serviços públicos.

Note-se que, ainda em consonância com as idéias de SPECK, a forma de interação do TCU com as instituições envolvidas varia de acordo com o enfoque do trabalho realizado. Caso o Tribunal esteja atuando como instância de justiça administrativa, ele precisa ter autonomia, independência e autoridade em relação às outras instâncias decisórias. Porém, quando o TCU analisa aspectos operacionais, a Corte deve buscar ser reconhecida como um órgão de excelência cujas conclusões devem ser consideradas, por quem tem poder decisório, seja ele o Congresso ou a própria Administração Pública, em virtude de sua qualidade técnica. Nessa última hipótese, também é importante que a sociedade civil veja o Tribunal como um agente capaz de avaliar as políticas públicas e propor soluções adequadas para os problemas e para as carências que afligem os brasileiros. Assim, a forma de comunicação e de interação com os envolvidos, juntamente com a qualidade técnica dos trabalhos desenvolvidos pela Corte, desempenha papel relevante para o sucesso das iniciativas do TCU nessa área.

Essas últimas considerações são de fundamental importância para a compreensão dos fundamentos e dos limites do controle, pelo TCU, da concessão e da permissão de serviços públicos, uma vez que esse controle possui natureza operacional. Por ora, basta constatar que esse controle encontra fulcro nos dispositivos constitucionais e legais mencionados.

3. O CONTROLE EXTERNO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS

3.1 Histórico

Quando a prestação de serviços públicos se dava preponderantemente por meio de empresas estatais, a atuação do Controle Externo baseava-se na análise das prestações de contas daquelas entidades. Nessa época, o Tribunal concentrava sua análise nos atos de gestão dos administradores, praticados durante o exercício das atividades meio das empresas, relegando a um segundo plano a análise do desempenho dessas entidades na condição de provedoras de serviços públicos.

A partir da privatização das empresas estatais e da delegação de serviços públicos para a iniciativa privada, foi implementado, em bases legais, um novo modelo regulatório que conferiu instrumentos ao poder concedente para atuar mais intensivamente na regulamentação, contratação e fiscalização das delegações, ao invés de prover diretamente os serviços públicos.

A edição da Lei nº 8.987, de 13/02/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências, permitiu o incremento do processo de delegação. Sopesados os impactos econômicos e sociais dessas delegações e em decorrência do processo evolutivo das atividades de fiscalização do TCU, que passaram a ter como objeto também o desempenho dos entes públicos, o Tribunal reavaliou sua forma de atuação e passou a analisar a eficiência da entidade reguladora e a qualidade dos serviços prestados.

Reitere-se que o TCU não deixou de verificar a legalidade dos atos praticados pelos gestores das agências reguladoras. Essa verificação continuou a ocorrer pelos meios usuais, merecendo destaque, nesse particular, a apreciação das contas dessas entidades e a realização de auditorias de conformidade⁴⁸.

⁴⁸ As auditorias de conformidade buscam aferir a conformidade dos atos administrativos aos dispositivos legais e regulamentares pertinentes.

A avaliação pelo TCU da legalidade dos atos de gestão orçamentária e financeira praticados pelos administradores das agências reguladoras não enfrenta maiores questionamentos. Afinal, como ressaltou MEIRELLES⁴⁹, a submissão do gestor público ao controle externo realizado com vistas a apurar a regularidade das contas de todos que administram bens, valores e dinheiros públicos e o fiel cumprimento do orçamento público “*é decorrência natural da administração como atividade exercida em relação a interesses alheios. Não é, pois, a natureza do órgão ou da pessoa que a obriga a prestar contas; é a origem pública do bem administrado ou do dinheiro gerido que acarreta para o gestor o dever de comprovar seu zelo e bom emprego.*”

Os trabalhos iniciais desenvolvidos pelo TCU, no que concerne ao acompanhamento de concessões, versaram sobre rodovias federais⁵⁰, tendo as respectivas decisões plenárias constituído as primeiras normas relativas a esse acompanhamento. Com o passar do tempo, ocorreu uma sedimentação do conteúdo dessas decisões, o que possibilitou a edição de Instruções Normativas.

A primeira Instrução Normativa do TCU sobre esse tema foi a de nº 10/1995, que, posteriormente, foi substituída pela IN TCU nº 27/1998, a qual permanece em vigor com algumas alterações⁵¹.

Cumprir citar, ainda, as seguintes Instruções Normativas:

a) IN TCU nº 43/2002, relativa ao acompanhamento dos processos de revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica;

b) IN TCU nº 46/2004, concernente à fiscalização dos processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a estado, ao Distrito Federal, a município, ou a consórcio entre eles.

Em 1998, o TCU criou uma unidade técnica voltada para o controle externo das delegações de serviços públicos: a Secretaria de Fiscalização de Desestatização – Sefid. Nessa ocasião, houve uma divisão interna das competências do Tribunal. A Sefid ficou incumbida de verificar a atuação finalística dos entes reguladores⁵², enquanto o acompanhamento dos atos de gestão orçamentária e financeira das agências ficou a cargo de outras unidades técnicas. Assim, cabe à Sefid avaliar os atos associados à regulação dos serviços públicos⁵³.

Visando aperfeiçoar a fiscalização dos serviços públicos delegados à iniciativa privada, o Tribunal vem estreitando o relacionamento com as agências reguladoras. Afinal, no caso das auditorias operacionais, a eficácia do processo de comunicação é muito importante para a aquisição de legitimidade. No que concerne ao

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 607.

⁵⁰ Cumpre destacar que, em 1993, o Tribunal aprovou requerimento formulado pelo Ministro Luciano Brandão, acerca do acompanhamento de todos os procedimentos relativos à concessão para a exploração da Ponte Rio-Niterói, especialmente quanto à viabilidade técnica e econômica da outorga, à licitação e aos aspectos do contrato de concessão.

⁵¹ A IN TCU nº 40/2002 alterou a IN TCU nº 27/1998, no sentido de autorizar a utilização de procedimentos específicos (amostragem) durante o acompanhamento de processos de desestatização em que esteja sendo licitado expressivo número de direitos de outorga de um mesmo serviço.

⁵² Segundo o artigo 26 da Resolução TCU nº 140/2000, a Secretaria de Fiscalização de Desestatização tem por finalidade fiscalizar e avaliar as privatizações de empresas estatais, a outorga de serviços públicos e a execução dos respectivos contratos.

⁵³ Alguns analistas lotados na Sefid dedicam-se ao controle das privatizações. Todavia, cumpre ressaltar que, tendo em vista o pequeno volume de privatizações ainda em curso, esse serviço é cada vez menos relevante e demanda recursos humanos mais reduzidos.

outro fundamento dessa legitimidade, qual seja a qualidade técnica dos trabalhos empreendidos, estão sendo realizados treinamentos específicos, visando dotar os técnicos do Tribunal de um maior conhecimento sobre os diversos fatores relacionados à delegação de serviços públicos⁵⁴.

Aduz-se que o Tribunal, com recursos oriundos de um convênio firmado com o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, elaborou um projeto visando desenvolver e consolidar sua capacidade operacional para realizar trabalhos de controle externo na área de regulação de serviços públicos objeto de delegação. Com esse intuito, foram implementadas ações visando capacitar recursos humanos, desenvolver e atualizar métodos e técnicas de controle da regulação, avaliar o modelo organizacional e elaborar documentos técnicos sobre o tema⁵⁵. Dentre os impactos decorrentes da execução desse projeto, destaca-se a possibilidade de melhoria do controle em outras esferas de governo, pois o TCU poderá difundir o conhecimento adquirido e os métodos e técnicas desenvolvidos para outras entidades de controle, como, por exemplo, os Tribunais de Contas Estaduais e Municipais.

No bojo desse projeto foram desenvolvidos e validados novos modelos de controle da regulação, incluindo a fiscalização pelo TCU das parcerias público-privadas (PPP) que envolvam a delegação da prestação de serviços públicos no setor de infraestrutura.

3.2 Escopo dos trabalhos realizados

Atualmente, o Tribunal acompanha a prestação de serviços públicos nas áreas de energia elétrica, telecomunicações, serviços postais, portos, rodovias, ferrovias, transportes de passageiros interestaduais e internacionais, estações aduaneiras interiores (os denominados *portos secos*), petróleo e gás natural.

É importante ressaltar que o papel do Tribunal no controle das delegações de serviço público não se confunde com o das agências reguladoras. Afinal, o TCU fiscaliza a atuação da agência, visando aferir sua aderência ao ordenamento jurídico e às orientações emanadas do Poder competente. Dito de outra forma, o Tribunal realiza uma fiscalização de segunda ordem. Conclui-se que, se por um lado a Corte de Contas, no exercício de suas competências constitucionais e legais, deve fiscalizar as atividades fim das agências, por outro lado ela deve atuar com cuidado para não invadir o âmbito de ação exclusivo da entidade reguladora⁵⁶.

Apesar dos inúmeros questionamentos existentes hoje no Brasil sobre a viabilidade técnica e jurídica e sobre os limites da fiscalização pelo TCU das atividades fim das agências reguladoras, constata-se que, em nível internacional, a maioria dos estudiosos desse tema concluiu pela oportunidade e pela conveniência da realização de fiscalizações do gênero das ora realizadas pela Corte de Contas brasileira.

⁵⁴ A delegação, que ocorre quando a administração pública delega ao agente privado ou público a prestação de um serviço, pode decorrer de privatização, quando uma delegação é transferida juntamente com os ativos de uma empresa estatal, ou de outorga pura e simples, no caso de concessão, permissão ou autorização.

⁵⁵ Dentre as ações desse projeto, destacam-se o mapeamento, a documentação e a análise de melhoria dos processos organizacionais e das atividades da Sefid, compreendendo, também, a elaboração de manuais técnicos de fiscalização da atuação das agências reguladoras.

⁵⁶ Aliás, esse mesmo cuidado tem sido observado no que concerne à fiscalização pelo TCU das atividades finalísticas do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, cujas competências assemelham-se às das agências reguladoras. Nesse sentido, por exemplo, ver o Acórdão Plenário nº 399/2004.

A *International Organization of Supreme Institutions – Intosai* (Organização Internacional das Entidades de Fiscalização Superior)⁵⁷ vem dedicando especial atenção aos trabalhos de fiscalização executados pelas entidades reguladoras⁵⁸. Como fruto das análises desenvolvidas pela *Intosai*, em outubro de 2001, foi publicado um documento por meio do qual foram apresentadas 22 diretrizes para a atuação das Entidades de Fiscalização Superior em todo o mundo, entre as quais se encontra o TCU⁵⁹.

Reforçando a preocupação da *Intosai* com o efetivo controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o Auditor Geral do Reino Unido afirmou que⁶⁰:

“Uma das conseqüências mais intrincadas da privatização é o desenvolvimento do papel da regulação econômica como modo de equilibrar o poder de fornecedores dominantes ou monopolistas de serviços públicos agora sob controle privado. Os reguladores enfrentam a difícil tarefa de equilibrar os interesses legítimos dos consumidores em contraposição aos dos fornecedores, assegurando a prestação de um serviço razoável a preço justo.”

Outra demonstração de apoio internacional à realização de auditorias operacionais na área fim das agências reguladoras brasileiras foi a celebração, em setembro de 2002, de Acordo firmado pelo TCU e por um órgão do Reino Unido⁶¹, cujo objeto inclui estudo do modelo de delegação da prestação de serviços públicos no Brasil, com foco na redução das desigualdades sociais⁶².

A primeira auditoria operacional realizada no âmbito desse projeto apresentou resultados positivos, dentre os quais destaca-se a análise dos critérios de definição dos consumidores de energia elétrica que podem ser beneficiados com a tarifa social. Em 07/10/2003, durante o “Fórum Mundial sobre Regulação de Energia”, realizado em Roma (Itália), a Aneel apresentou as conclusões dessa análise, confirmando a alta qualidade desse trabalho. Aduz-se que as sugestões formuladas pelo TCU foram levadas em conta pela agência quando da reformulação dos critérios de definição dos consumidores considerados como de baixa renda.

3.3 Metodologia utilizada

Segundo a *Intosai*, o modelo de controle da regulação deve observar 22 diretrizes, que podem ser estruturadas nas seguintes seções⁶³:

- a) competência técnica dos órgãos de controle;
- b) ambiente de regulação econômica;
- c) fornecimento do serviço;

⁵⁷ A *Intosai* reúne mais de 100 entidades encarregadas do controle externo em todo o mundo, entre Tribunais de Contas, Controladorias ou Auditorias.

⁵⁸ A *Intosai* constituiu um grupo de trabalho especializado no tema, visando traçar diretrizes para a ação das entidades de controle externo e acompanhar os resultados obtidos.

⁵⁹ Ver TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *O Controle externo das agências reguladoras. Questões relevantes sobre o setor elétrico e de petróleo e gás natural*. Brasília: TCU, Sefid, 2003.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Referido projeto conta com recursos do TCU e do *DFID – Department for International Development*, órgão do Governo Britânico.

⁶² O Projeto de Aperfeiçoamento do Controle Externo com Foco na Redução da Desigualdade Social - CERDS, desenvolvido pelo TCU com o apoio do *DFID*, pretende capacitar o corpo técnico do TCU visando à utilização de novas metodologias de auditoria na área de avaliação de programas e de modelos regulatórios.

⁶³ A íntegra do documento publicado pela *Intosai* está disponível na *internet* no seguinte endereço eletrônico: <http://www.nao.gov.uk/intosai/wgap/ecregguidelines.htm>.

- d) preço do serviço;
- e) desenvolvimento da competição.

Em conformidade com essas diretrizes, o TCU avalia os processos relativos às delegações em dois momentos: quando da realização dos processos de outorga dos respectivos atos delegatórios e quando da execução contratual. Já as autorizações, em geral não precedidas por processos licitatórios, são acompanhadas por meio do exame de relatórios periódicos encaminhados pelos órgãos que delegam.

A fiscalização dos processos de outorga de serviços públicos, nos termos do art. 7º da Instrução Normativa TCU nº 27/1998, deve ser realizada de acordo com os seguintes estágios:

- a) Primeiro Estágio: exame da viabilidade da concessão ou da permissão;
- b) Segundo Estágio: exame da pré-qualificação, se houver, do edital e da minuta dos contratos;
- c) Terceiro Estágio: exame da habilitação e do julgamento das propostas; e
- d) Quarto Estágio: exame do ato de outorga e dos contratos assinados.

No caso de acompanhamento de expedição de autorização⁶⁴ para prestação de serviços de telecomunicações, esse procedimento também é aplicado.⁶⁵

Importa lembrar que os contratos de concessão ou permissão sob enfoque possuem um longo período de vigência. Apenas a título de exemplo, registre-se que, no caso dos contratos relativos à construção e à exploração de usinas hidroelétricas, esse prazo é de 35 anos, prorrogável por igual período. Assim sendo, no curto espaço de tempo dedicado à outorga, o Tribunal deve avaliar a regularidade legal da delegação em questão, a viabilidade técnico-econômica das condições de transferência do serviço público e as respectivas implicações ambientais.⁶⁶

Trata-se de um exemplo de controle concomitante, pois o Tribunal tem a oportunidade de exarar determinações simultâneas ao desenrolar do processo licitatório, visando aprimorar um processo que está se desenvolvendo. Constata-se que, nessa hipótese, a Corte de Contas atua de forma preventiva, o que tende a tornar sua ação mais eficaz. Além disso, em casos excepcionais, podem ser adotadas medidas cautelares visando evitar a consumação de atos ilegais ou contrários ao interesse público.

O controle concomitante do processo de outorga, apesar de oferecer inegáveis vantagens, pode dar ensejo à ocorrência de um grave problema, qual seja, a procrastinação do encerramento de um processo que deve ser o mais célere possível, devido aos relevantes interesses políticos, sociais e econômicos envolvidos. Assim, se o TCU não atuar com a agilidade necessária, ele pode provocar prejuízos consideráveis aos agentes econômicos, aos usuários dos serviços públicos ou ao erário. Contudo, a Corte de Contas não pode adotar decisões precipitadas, visando agradar aos participantes das licitações relativas às outorgas de serviços públicos, às agências

⁶⁴ Em conformidade com o disposto no inciso VI do parágrafo 1º do artigo 1º da Instrução Normativa TCU nº 27, autorização é um ato administrativo discricionário e precário pelo qual o poder concedente torna possível ao postulante a realização de certa atividade ou serviço ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, condicionadas tanto a realização quanto a utilização à aquiescência prévia da Administração.

⁶⁵ Consoante disposto nas Decisões TCU Plenário nº 320/2000 e nº 402/2000.

⁶⁶ O artigo 11 da Instrução Normativa TCU nº 27 prevê quais serão os objetivos dessa fiscalização, **verbis**:

“Art. 11. Na fase de execução contratual, a fiscalização observará o fiel cumprimento das normas pertinentes e das cláusulas contidas no contrato e nos respectivos termos aditivos firmados com a concessionária ou com a permissionária, ou constantes do termo de obrigações, além de avaliar a ação exercida pelo órgão, pela entidade federal concedente ou pela respectiva agência reguladora, bem como as diretrizes por ele estabelecidas.”

reguladoras ou às entidades representativas da sociedade civil, que, algumas vezes, pressionam o TCU visando obter uma deliberação intempestiva.

A execução contratual é controlada por meio de auditorias e inspeções, além do exame dos Relatórios Consolidados de Acompanhamento, que são elaborados pelos órgãos concedentes federais e encaminhados semestralmente ao Tribunal⁶⁷. Nessa fase, o TCU avalia o cumprimento das cláusulas contratuais, notadamente daquelas relativas à tarifa praticada, à qualidade do serviço prestado e à efetiva realização dos investimentos previstos. Especificamente em relação à qualidade do serviço, são avaliadas a regularidade, a continuidade, a eficiência, a segurança, a atualidade, a generalidade e a cortesia na sua prestação.

O Tribunal controla a execução dos contratos de concessão ou permissão de forma concomitante, por meio das auditorias, ou posterior, por intermédio do exame dos relatórios acima citados. Note-se que, apesar de o controle posterior apresentar algumas desvantagens, ele é adotado tendo em vista a impossibilidade física de serem realizadas auditorias permanentes direcionadas para o acompanhamento *pari passu* da execução de todos os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos.

3.4 Competências do TCU relativas à fiscalização das agências reguladoras

Tendo em vista que as agências reguladoras são autarquias especiais, elas se encontram no âmbito da jurisdição do TCU, por força do disposto no artigo 71 de nossa Lei Maior. Aduz-se que seus principais administradores tem o dever político de prestar contas ao Tribunal dos recursos geridos em determinado exercício.

Ainda com fulcro nas disposições constitucionais, a Corte de Contas pode realizar, por iniciativa própria ou em decorrência de solicitação do Congresso Nacional, auditorias nessas entidades, visando verificar a regularidade dos atos praticados nas áreas contábil, financeira, patrimonial e orçamentária. Caso essas auditorias detectem a existência de irregularidades graves, que demandem a adoção de providências imediatas por parte do TCU, o Ministro-Relator ou o Plenário podem adotar medida cautelar, com vistas a evitar a ocorrência de dano ao erário ou aos usuários dos serviços⁶⁸.

⁶⁷ Em relação a esses relatórios, o parágrafo único do art. 11 da IN TCU nº 27, cujo *caput* foi transcrito na nota anterior, dispõe que:

“Art. 11. (...)”

Parágrafo único. A fiscalização prevista neste artigo será exercida na forma preceituada pelos §§ 1º e 3º do art. 13 desta Instrução Normativa e mediante exame de Relatório Consolidado de Acompanhamento, elaborado pelo órgão, pela entidade federal concedente ou pela respectiva agência, a ser encaminhado semestralmente a este Tribunal.”

⁶⁸ A Lei Orgânica do TCU previu a possibilidade de decretação de medida cautelar nos seguintes termos:

“Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

§ 1º Estará solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista no caput deste artigo.

§ 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.”

De maneira similar, no exercício de suas competências, o TCU deve conhecer das denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato versando sobre possíveis irregularidades ou ilegalidades ocorridas durante o processo de delegação ou de prestação de serviços públicos.

Além das fiscalizações voltadas para a análise da legalidade e da regularidade dos aspectos jurídicos formais, compete à Corte de Contas examinar os resultados alcançados pelas agências no exercício de sua missão institucional. Afinal, consoante o entendimento do Ministro do TCU Marcos Vinícios Vilaça, “a fiscalização da legalidade só será relevante e eficaz se estiver integrada à avaliação do desempenho da administração pública e dos responsáveis pela gestão dos recursos públicos.”⁶⁹ Nesse mesmo sentido, JUSTEN FILHO afirmou que não bastam honestidade e boas intenções para validar atos administrativos.⁷⁰

Aduz-se que o art. 71, IV, da Constituição Federal expressamente conferiu ao Tribunal competência para realizar auditoria de natureza operacional, cujo objeto inclui a verificação da conformidade dos resultados obtidos pelo órgão ou pela entidade auditada com os respectivos objetivos institucionais fixados em lei, quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia.⁷¹

Esse entendimento ganhou ainda mais força com o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, que consagrou o Princípio da Eficiência, em decorrência do qual:

“a atividade administrativa deve ser exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.”⁷²

Assim, o gestor público atual deve, além de observar os ditames legais, procurar organizar e dirigir a Administração Pública de forma a obter as soluções

Medidas cautelares também podem ser adotadas quando há perigo de ocorrência de danos ao erário. Nessa hipótese, o TCU atua com fulcro no art. 45 de sua Lei Orgânica, **verbis**:

“Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.”

A título de exemplo, podem ser citadas as seguintes deliberações da Corte de Contas, que impuseram a suspensão cautelar da execução de contratos: Acórdãos nº 422/2003 – Plenário e nº 1.373/2003 – Plenário.

Caso, posteriormente, seja confirmada a existência de graves irregularidades não passíveis de convalidação, o Tribunal determinará aos órgãos ou entidades que celebraram o contrato viciado a instauração de procedimento administrativo, visando facultar à empresa contratada o exercício da ampla defesa e do contraditório. Ao término desse procedimento, o contrato inquinado será rescindido, se for essa a medida mais adequada ao interesse público.

⁶⁹ VILAÇA, Marcos Vinícios. Palestra proferida no XXI Encontro Anual de Dirigentes do Tribunal de Contas da União e publicada no Informativo União nº 68, de 29/04/1999.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5ª ed. Curitiba: Dialética, 1998. p. 66.

⁷¹ Consoante PARDINI, a Carta Magna, ao assim dispor, perfilou-se a uma corrente internacional que confere cada vez mais importância à aferição, pelo controle externo, da repercussão social da atividade estatal. Ressalte-se que a referida aferição deverá utilizar como critérios básicos a eficiência e a economicidade. In PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*. Tese de doutorado em Direito Público defendida na Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 1997. p. 22.

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada. p. 90.

ótimas na prestação dos serviços públicos⁷³. Contudo, nunca é demais repetir que o administrador público, em nome de uma almejada eficiência, não pode agir ao arrepio da lei, pois o Princípio da Eficiência não pode se sobrepor aos demais Princípios regentes da Administração Pública⁷⁴.

Ainda em relação ao impacto da constitucionalização do Princípio da Eficiência sobre a atuação dos gestores públicos, cumpre colacionar a observação de HARGER, no sentido de que o princípio sob comento restringiu a amplitude da competência discricionária desses gestores. Afinal, agora, eles não podem mais optar livremente entre as várias opções permitidas pela lei, mas devem obrigatoriamente sopesar qual é a solução mais adequada aos interesses públicos, no sentido de ser a solução mais eficiente⁷⁵.

Todavia, cumpre acrescentar que, consoante os ensinamentos de BUGARIN, além de ser eficiente, essa solução deve ser econômica, pois o Princípio da Economicidade também é relevante e igualmente possui foro constitucional.⁷⁶ Ademais, a eficiência e a economicidade estão intrinsecamente relacionadas, pois, como asseverou PEREIRA JÚNIOR, “a eficiência é o dever de agir do administrador em função executiva, a que corresponde a função de controle da economicidade e da legitimidade, atribuída aos Tribunais de Contas”.⁷⁷

Por intermédio das auditorias operacionais realizadas nas agências reguladoras, o TCU fiscaliza, entre outras questões, a execução dos contratos de concessão ou de permissão. Essa fiscalização poderia ensejar uma redundância das esferas de controle, visto que uma das principais atribuições das agências é exatamente fiscalizar esses contratos. Para evitar que essa indesejável superposição de atividades ocorra, o Tribunal deve exercer uma fiscalização de segundo grau, buscando identificar se as agências estão cumprindo bem e fielmente seus objetivos institucionais, dentre os quais avulta o de fiscalizar a prestação de serviços públicos, sem se imiscuir indevidamente na área de competência privativa das agências.

Assim sendo, se por um lado a Corte de Contas deve, no exercício de sua competência constitucional, avaliar a execução desses contratos, por outro lado, o TCU não pode controlar as empresas concessionárias em si mesmas consideradas, mas apenas examinar se as agências estão fiscalizando de forma adequada a execução dos contratos por elas firmados.

3.5. Questões doutrinárias relativas à competência do TCU

Alguns autores afirmam caber às Cortes de Contas apenas o exame da execução orçamentária da Administração. Esse entendimento revela a concepção de controle em vigor até o advento da atual disciplina constitucional, uma vez que a Carta de 1967 mencionava apenas auditorias de natureza financeira e orçamentária

⁷³ Esse entendimento é também esposado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como se depreende da leitura de seu livro *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 83.

⁷⁴ Nesse sentido, ver MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno, de acordo com a EC 19/1998*. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 152 e 153, e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada. p. 84.

⁷⁵ HARGER, Marcelo. *Reflexões iniciais sobre o Princípio da Eficiência*. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, ano XV, nº 12, dez/1999. p. 808.

⁷⁶ Obra citada. p. 105.

⁷⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da Reforma Administrativa Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 45.

Nesse sentido, BARROSO⁷⁸ defende que os Tribunais de Contas não possuem competência para fiscalizar a atuação das agências reguladoras, notadamente quando o ato fiscalizado não implicar gasto público:

"Assim sendo, escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades dessas autarquias especiais quando elas não envolvam dispêndio de recursos públicos. Isto se dá, por exemplo, quando o Tribunal de Contas objetiva obter informações a respeito de deveres dos concessionários, atividades que, a par de não envolverem dispêndio de dinheiro público, constituem razão da criação da própria agência reguladora. Não lhe caberá avançar a atividade fiscalizadora sobre a atividade-fim da agência reguladora, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes. Este, portanto, o limite da atribuição do Tribunal de Contas. Nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora. Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis. O abuso seria patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza".

Note-se que esse autor também defende o controle judicial limitado dos atos regulatórios, **verbis**⁷⁹:

"Sem embargo, no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade ou moralidade, já mencionados ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e dos subjetivismos."

Nessa mesma linha, JUSTEN FILHO defende que o controle a ser exercido pelos Tribunais de Contas⁸⁰:

"versará, basicamente, sobre a gestão administrativa em sentido próprio. Não caberá ao Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência. O que se deverá verificar são os dispêndios, licitações e contratações produzidos, os atos atinentes a pessoal e sua remuneração. Enfim, a atuação do Tribunal envolverá a fiscalização da agência reguladora enquanto autarquia federal, não como órgão titular de competências regulatórias".

Também se filiam a essa corrente SOUTO⁸¹ e MOREIRA NETO⁸².

Apesar de respeitar essas opiniões, cabe considerar que a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente as atribuições e as competências dos Tribunais de Contas, rompendo o modelo então vigente de mera fiscalização financeira ou orçamentária. Essas Cortes passaram a fiscalizar os aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais das condutas dos entes e agentes estatais e, em algumas hipóteses, até mesmo de particulares.

Constata-se que a Constituição de 1988 impôs aos Tribunais de Contas o dever de adentrar no mérito dos atos administrativos. Não basta verificar pressupostos e

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. Revista de Direito Administrativo. n° 229. 2002. p. 304.

⁷⁹ Ob. Cit., p. 306

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. Curitiba: Dialética, 2002. p. 589

⁸¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências Reguladoras*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. n° 33. p. 175.

⁸² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 202.

requisitos formais de validade desses atos. Ao contrário, é necessário um exame material, objetivo, do conteúdo do ato, que deverá revelar-se conforme aos Princípios que regem a atividade estatal.

Nesse sentido, MOREIRA NETO⁸³ asseverou que:

“Este inciso também se agrega como poderoso reforço da interpretação aqui preconizada, pois nele se institui uma claríssima competência autônoma do Tribunal de Contas para apreciar não apenas a legalidade e a economicidade das contas do Chefe do Poder Executivo, como se estende à sua legitimidade, abrindo-lhe uma extensa margem discricionária para emitir um parecer, um ato fundamentado que não poderá ser modificado pelo Poder Legislativo, mas apenas considerado ou não por ocasião do julgamento parlamentar dessas contas (art. 49, IX, CF), tratando-se, portanto, de uma cooperação de natureza mista: parte técnica, parte política, como a seguir se aponta”.

A tese de que compete aos Tribunais de Contas examinar apenas dispêndios públicos encontra dificuldades no texto constitucional, que determina a fiscalização das renúncia de receitas e impõe a prestação de contas a quem arrecade ou tão somente guarde “*dinheiros, bens e valores públicos*”. Ocorre que a Constituição não restringe os atos administrativos sujeitos à apreciação do controle externo, salvo no que concerne às nomeações para cargos de provimento em comissão. Tampouco a Constituição vincula a atuação do TCU a atos geradores de despesas ou receitas. O texto constitucional somente se refere à existência de bens e recursos públicos para estabelecer a jurisdição da Corte de Contas, não para limitar o alcance da fiscalização e seu respectivo objeto, qual seja, toda a ação estatal.

Questão semelhante foi apreciada pelo STF (MS nº 24.510-7 DF), quando do julgamento de mandado de segurança impetrado por um licitante inconformado com medida cautelar adotada pelo TCU no sentido de suspender o certame. O impetrante alegou a incompetência do TCU para examinar procedimentos de licitação, que não constituem em si gastos ou gestão de recursos, e para adotar medidas cautelares. A Relatora, Ministra Ellen Gracie, adotando as razões apresentadas pela Procuradoria Geral da República, negou a segurança, por entender que:

“Fica claro, pois, que cabe à Corte de Contas o exame de editais de licitação publicados, o que se concilia com sua competência de ‘assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade’ (CF, art. 71, inc. IX).

Por outro lado, se as Cortes de Contas têm legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da administração interessada adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade possuem legitimidade para a expedição de medidas cautelares, como a ora impugnada a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões.”

Também merece destaque a decisão proferida pelo STF quando do julgamento do MS nº 23.761-DF. Naquela oportunidade, o impetrante alegou a incompetência do TCU para fiscalizar serviço concedido, interferir na execução do contrato de concessão e atuar em lugar do órgão regulador. Argumentou, ainda, que, por não estar relacionado à despesa, o ato da entidade estatal não estaria sujeito à jurisdição do TCU.

O Relator do feito, Ministro Sepúlveda Pertence, indeferiu a cautelar, por entender que não era possível afastar a competência do TCU para o controle de legalidade do ato questionado, bem como vislumbrou “objeções de peso” à procedência

⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Parlamento e a Sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas*. In SOUSA, Alfredo José de, et alli. *O Novo Tribunal de Contas – Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 68.

da tese. Posteriormente a concessionária desistiu da causa, afastando o exame de mérito da controvérsia. O Relator destacou que:

“Uma vez assente que compete ao TCU realizar auditorias e inspeções de natureza operacional e aferir a obediência ao princípio constitucional da eficiência e a legitimidade da atuação das agências reguladoras, não poderia prescindir a Corte de Contas de fiscalizar a ponta final da atuação dessas entidades: os contratos de concessão e permissão e os atos de autorização de serviços públicos. Os prestadores de tais serviços gerem bens e direitos públicos - rodovias, portos - ou de natureza semelhante, como os bens reversíveis, afetos à prestação do serviço público e, em última análise, respondem pelo próprio serviço delegado que pertence à União, titular de tais prestações.”

O reconhecimento pelo STF do poder de cautela inerente à atividade do TCU baseou-se na utilização da Teoria dos Poderes Implícitos como forma de assegurar a máxima efetividade das normas constitucionais. É justamente com base nessa teoria que MARQUES NETO⁸⁴ defende o controle da regulação estatal pelo TCU, **verbis**:

“É pressuposto que sendo a regulação estatal uma atividade administrativa, está ela submetida aos mecanismos de controle a que se sujeita a generalidade dos órgãos que integram a Administração Pública. Porém, me parece fundamental que a atividade regulatória seja submetida a esse controle com algum temperamento e com alguma adequação às especificidades da atividade regulatória. Isso afasta alguns mecanismos tradicionais de controle (como por exemplo o controle hierárquico, aplicável em geral no âmbito da Administração, mas que é descabido em face de atividade regulatória exercida por agências independentes), mas por outro lado enseja a afirmação de outras ordens de controle não contumazes entre nós (como por exemplo o reforço do controle parlamentar direto, quer pela utilização da competência congressual prevista no artigo 49, V, CF, quer pela utilização indireta - através da aplicação da teoria dos poderes implícitos - do artigo 71, CF)”.

Registre que esse autor preocupa-se com a “*tendência de as Cortes de Contas substituírem o regulador*”. Buscando encontrar limites para a atuação do controle externo, afasta, por exemplo, o controle legislativo direto e o controle externo quando a agência arbitrar ou compor conflito entre particulares⁸⁵. Ressalta ainda a possibilidade de controle, pelos Tribunais de Contas, dos atos adjudicatórios e das atividades fiscalizadoras das agências, desde que inserido em um contexto de avaliação da atuação do regulador⁸⁶.

Defendendo igualmente a competência das Cortes de Contas, GOMES DE MATTOS⁸⁷ afirma, com fulcro no art. 71, VIII, que:

“o ato administrativo que defere o aumento da tarifa pública se inclui no enredo constitucional de contas públicas, visto que mesmo ela sendo paga pelo usuário do serviço, é cobrada mediante a prestação de um serviço público outorgado pelo Estado. Nestas condições o Tribunal de Contas possui a competência para aferir se é abusivo ou não o reajuste tarifário deferido pelo Poder Concedente e se ele seguiu a liturgia legal a que norteia a matéria”.

⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Pensando o controle da atividade de regulação estatal. In Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005. p. 201.

⁸⁵ Ob. Cit., p. 234.

⁸⁶ Ob. Cit., p. 232.

⁸⁷ GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. *O Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Contrato Administrativo*. RDA n° 224.

Essa competência também é reconhecida por ARAGÃO⁸⁸, DI PIETRO⁸⁹ e DALLARI⁹⁰. Contudo, esse último autor manifesta dúvidas quanto à capacitação técnica das Cortes de Contas, nos seguintes termos:

“Em face do texto constitucional, quem poderia desenvolver um controle mais acentuado sobre as agências reguladoras seriam os Tribunais de Contas, que possuem competência para adentrar o mérito das ações administrativas, para aferir sua economicidade. Mas em face da elevada complexidade e do acentuado caráter técnico-especializado que caracterizam as decisões das agências reguladoras, também os Tribunais de Contas não estão aparelhados para isso.”

Verifica-se, assim, a existência de um amplo dissenso doutrinário. Todavia, a atuação do TCU sob comento não tem sido objeto de muitas demandas judiciais. Ademais, o Tribunal tem recebido demandas crescentes do Congresso Nacional, dos prestadores de serviços, de licitantes interessados, do Poder Executivo⁹¹ e até dos órgãos reguladores. Isso evidencia o reconhecimento da legitimidade da atuação do TCU, ao menos em questões específicas como no caso das licitações para outorga de concessões.

3.6 A autonomia técnica das agências reguladoras e suas implicações para o exercício do controle externo

É possível encontrar na literatura especializada o apelo à tecnicidade para justificar a existência das agências reguladoras autônomas e o seu distanciamento do governo. Nesse sentido, BARROSO afirmou que⁹²:

“A instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo, como assinalado, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-

⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 340.

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O controle externo da regulação de serviços públicos*. Brasília: TCU, 2002. pp. 64 e 65.

⁹⁰ DALLARI, Adilson Abreu. *Controle Político das Agências Reguladoras*. Revista Interesse Público. n° 18, 2003. p. 17.

⁹¹ Por exemplo, o TC-005.302/2003-9 que cuidou de Consulta formulada pelo Ministro das Comunicações a respeito de dúvidas quanto à aplicação dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Fust, e que resultou no Acórdão /2003-TCU-Plenário. Nessa questão, merece registro o comentário de Alexandre Ditzel Faraco ao tratar da atuação do TCU em relação à aplicação dos recursos do Fust: *“O impasse jurídico que se criou em torno do Fust foi objeto de análise pelo TCU (...). O papel do TCU, nesse contexto, pode até ser visto como inesperado, pois não se cogitava do órgão como uma instância a influenciar a regulação setorial. Todavia, no exercício de sua competência de fiscalização do dispêndio de recursos públicos e da atividade administrativa, o TCU acabou por adquirir uma influência também nessa seara”*. (FARACO, Alexandre Ditzel. *Concorrência e Universalização nas Telecomunicações: Evoluções Recentes no Direito Brasileiro*. Revista de Direito Público da Enonomia – RDPE. n° 8. out./dez. 2004. p.19).

⁹² BARROSO, Luiz Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. Revista de Direito Administrativo. jul./set. 2002, p. 296.

lhes outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira".

Nessa mesma linha, SALOMONI⁹³ asseverou que:

"as autoridades independentes se caracterizam por duas notas fundamentais: independência em relação ao governo e neutralidade política de sua gestão (...) Para assegurar a neutralidade da gestão, isto é, para que não atuem de acordo com razões políticas, mas sim técnicas, se lhes confere independência orgânica e funcional em relação ao governo, outorgando-lhes distintos tipos de garantias: impossibilidade de remoção de seus membros, proibição de que se lhes dirijam ordens ou instruções, recursos próprios etc."

Ademais, consoante ressaltado por MOREIRA NETO⁹⁴, a independência política dos dirigentes das agências decorre *"da nomeação de agentes administrativos para o exercício de mandatos a termo, o que lhes garante estabilidade nos cargos necessários para que executem, sem ingerência política do Executivo, a política estabelecida pelo Legislativo para o setor"*. Já a independência decisória derivaria do predomínio da discricionariedade técnica e da negociação sobre a discricionariedade político-administrativa.

Preliminarmente, cabe destacar que a autonomia da agência em relação a demandas político-partidárias, relacionadas a práticas demagógicas ou eleitoreiras, deve ser garantida. Nesse sentido, MARQUES NETO⁹⁵ afirma que:

"Deve o órgão regulador deter suficiente independência (apoiada pelos instrumentos legais adequados) para se opor ao interesse de um governante que, numa jogada eleitoral, intente reduzir à metade as tarifas praticadas para um determinado serviço essencial. A independência, aqui, deve servir para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo".

A autonomia das agências reguladoras também é justificada pela afirmação de que sua atuação envolve sobretudo a ponderação de interesses de diversos agentes na regulação. MARQUES NETO⁹⁶, por exemplo, defende que a regulação é mais pautada pela mediação do que pela imposição por parte da autoridade de objetivos e comportamentos. Assim sendo, a *"permeabilidade do ente regulador aos interesses dos regulados, sejam operadores econômicos, sejam usuários, sejam mesmo os próprios interesses estatais enredados no setor regulado"*, seria própria à regulação. Ademais,

"é essencial à noção de moderna regulação que o ente regulador estatal dialogue e interaja com os agentes sujeitos à atividade regulatória buscando não apenas legitimar a sua atividade, como tornar a regulação mais qualificada porquanto mais aderente às necessidades e perspectivas da sociedade. Fruto da própria dificuldade do Estado, hoje, de impor unilateralmente seus desideratos sobre a sociedade, mormente no domínio econômico, faz-se necessário que a atuação estatal seja pautada pela negociação, transparência e permeabilidade aos interesses e necessidades dos regulados. Portanto, o caráter de imposição da vontade da autoridade estatal (que impõe o interesse público selecionado pelo governante) dá lugar, na moderna regulação, à

⁹³ SALOMONI, José Luiz. *Teoria General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc/Villela Editor. p. 407.

⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Independência das Agências reguladoras*. Boletim de Direito Administrativo. Junho/2000. pp. 416 a 418.

⁹⁵ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. In SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 87.

⁹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado*. ABAR, 2003. p. 12. Disponível em www.abar.gov.br

noção de mediação de interesses, no qual o Estado exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências”.

SOUTO⁹⁷ acrescenta que:

“A regulação será o instrumento de intervenção no mercado e na liberdade privada com vistas à correção das falhas pela ponderação entre os interesses; se estes não se manifestam, não há regulação – e viola-se o ‘princípio da legitimidade’ – ou a pretensa regulação não será eficiente – e viola-se o ‘princípio da eficiência’, por não ter alcançado o ‘ponto ótimo’, de equilíbrio entre custos e benefícios da regulação (o que a afasta da discricionariedade).”

Dentro desse quadro teórico, agentes especializados capazes de valorar o peso dos interesses em questão devem elaborar decisões técnicas. Note-se que a ponderação de interesses deve ser realizada de forma técnica e que devem ser explicitados custos e benefícios, além dos critérios e pesos atribuídos aos argumentos e aos direitos em tensão, sempre em conformidade com critérios neutros e despolitizados. Dessa forma, a decisão regulatória não será discricionária, pois deverá ter por meta um ponto ótimo de regulação.

Esse entendimento merece reparos, pois a ponderação de interesses, bens, valores e normas envolve avaliações de caráter subjetivo, que variam conforme o intérprete, o momento em se efetua a análise e em razão de outras influências. Nesse sentido, BARROSO, ao tratar do tema sob a ótica da interpretação constitucional, assim afirma:

*“A ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita. No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções ad-hoc, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto”*⁹⁸.

Tais preocupações são inteiramente pertinentes à atividade regulatória, que busca concretizar o interesse público mediante a valoração e a ponderação de interesses no mais das vezes indefinidos. Cabe ao regulador buscá-los, descobri-los, ponderá-los e, no uso de suas faculdades discricionárias, estabelecer a solução que melhor atenda ao interesse público.

Evidentemente não existe técnica objetiva de ponderação de interesses. Não se trata de atividade que possa ser tida como politicamente neutra ou exclusivamente técnica. Essa é a lição de Jorge Miranda, para quem a função política consistiria justamente na definição primária e global do interesse público, na interpretação dos fins do Estado e na escolha dos meios para atingi-los⁹⁹.

Aduz-se que existem componentes políticos no exercício do poder discricionário. Afinal, como afirma FRANÇA¹⁰⁰, a discricionariedade constitui “*um processo jurídico de decisão que admite a inserção controlada de elementos políticos na formação e concretização da norma jurídica*”.

⁹⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Audiência Pública e Regulação*. Revista de Direito Público da Economia. n° 4. p. 147.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 350.

⁹⁹ MIRANDA, Jorge. *Funções do Estado*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n° 189. jan./mar. 1992. pp. 85 a 99.

¹⁰⁰ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 40.

Ademais, a atividade regulatória é quase sempre política. Poucas são as decisões que, efetivamente, podem ser tidas como essencialmente técnicas e estas, muitas vezes, dependem ainda de uma escolha política anterior. Até porque, não raras vezes, as decisões regulatórias resultam em algum tipo de redistribuição de renda.

É justamente a ausência de critérios de ponderação de interesses e o risco da adoção de soluções arbitrárias que justificam a existência de mecanismos diversos de controle. A possibilidade de a agência pautar-se por razões não explicitadas enseja a atuação de um controle externo, aqui entendido como aquele exercido por uma entidade que não seja o próprio regulador. Esse controle pode ser judicial, social ou legislativo.

Há, ainda, uma outra questão relevante. O modelo de agência reguladora implementado no Brasil prevê a autonomia decisória do órgão regulador como um instrumento destinado a assegurar que a atuação desse ente seja imune às pressões políticas ou de interesses privados.

Se, por um lado, pode ser desejável conferir às entidades reguladoras certo grau de independência do Poder Executivo – o que confere maior credibilidade às decisões – por outro, essa mesma autonomia e independência pode levar justamente ao distanciamento da ação do regulador dos preceitos da legalidade, da eficiência e da efetividade, ou, mesmo, da política pública regulatória que se queria implementar.

Por via de conseqüência, se por um lado as entidades reguladoras independentes podem ser vistas como um mecanismo de proteção contra eventuais arbítrio e oportunismo de governantes eleitos, a existência dessa autonomia traz em si o perigo inverso e impõe a existência de controles para restringir comportamentos arbitrários e caprichosos do regulador.

Após realizar estudo comparado sobre o desenvolvimento de entidades de regulação, LEVI e SPILLER¹⁰¹ verificaram que a evolução institucional dos órgãos reguladores decorre justamente de excessos ocorridos. Na obra em referência, esses autores defendem que:

a) o desempenho da regulação pode ser satisfatório sob uma ampla diversidade de arranjos e procedimentos regulatórios, desde que existam mecanismos para limitar a ação discricionária do regulador, restrições formais ou informais à alteração do sistema regulatório e instituições que assegurem tais limitações;

b) assegurar ao regulador amplos poderes discricionários não induzirá a realização dos investimentos desejados se as instituições do País não souberem diferenciar um comportamento arbitrário do regulador do adequado uso de faculdades discricionárias.

Essas teses vão ao encontro das observações realizadas no plano internacional. Na Inglaterra, por exemplo, as alterações tarifárias, acordadas pelo órgão regulador e pela entidade regulada, só entram em vigor após a aprovação do Secretário de Estado. Qualquer desses interessados, caso não concorde com a medida a ser adotada, pode recorrer à Comissão de Concorrência (*Competition Commission*, antiga *Monopolies and Merger Commission*), que tem a última palavra na instância administrativa. Cabe lembrar que poderá haver a interposição de ação judicial. Nesse, como em outros casos, verifica-se a existência de um intrincado jogo de apelações e vetos, que se destina a evitar excessos discricionários do regulador.

Na França, muitas decisões regulatórias são submetidas ao Ministro de Estado, que decide, em caráter final, sobre a matéria. Ressalte-se que a Autoridade de

¹⁰¹ Segundo eles, “a análise da evolução da regulação das public utilities na Inglaterra sugere que a limitação da discricionariedade regulatória está por trás do desenvolvimento das instituições regulatórias nos países industrializados”. LEVI, Brian e SPILLER, Pablo T. *Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications*. Cambridge University Press, 1996. p. 2.

Regulação das Telecomunicações e a Comissão de Regulação da Eletricidade são as autoridades administrativas independentes francesas que possuem menos poderes e são mais fortemente controladas.

Nos Estados Unidos, berço das agências independentes, a autonomia desses entes variou ao longo do tempo, conforme a propensão do governo para intervir na economia e a composição da Suprema Corte. Ao longo do tempo, foram criados mecanismos de controle das agências norte-americanas, tais como:

- a) possibilidade de o Congresso vetar decisões das agências (*Legislative Veto*), presente em diversas leis de 1932 a 1980, que foram posteriormente consideradas inconstitucionais;
- b) adoção do “procedimentalismo” previsto no *Administrative Procedure Act, de 1946*;
- c) ordem presidencial (*Executive Order*);
- d) mecanismos de controle atribuídos ao *Office of Management and Budget's* (OMB), que controla previamente a edição de normas pelas agências, por meio de seu departamento *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA).

Aduz-se que tramitam no Congresso Americano diversas propostas de maior controle das agências. Referidas propostas prevêm o controle direto dessas entidades pelo Presidente da República, pelo Congresso, por novos tribunais administrativos, por um *Ombudsman* ou por um Conselho de Revisão técnico e independente.

Também nos meios acadêmicos surgem propostas nesse sentido. Assim, por exemplo, o juiz da Suprema Corte norte-americana e professor de Harvard Stephen Breyer¹⁰² sugeriu a criação de organismo técnico especializado e independente que possua jurisdição sobre diversas agências para melhor assegurar a coerência das distintas ações reguladoras.

Discute-se, atualmente, a imposição do “*peer review*” proposta pelo mencionado OMB em fins de 2003 às agências americanas, o que tornaria obrigatória a revisão de decisões regulatórias por entidades ou cientistas independentes, para assegurar que as agências pautem sua atuação pelo melhor conhecimento científico disponível no momento.

Muito embora não haja consenso quanto à solução a ser adotada, o fato é que, ao menos nos países de maior tradição em regulação, tem-se buscado um controle cada vez maior sobre as agências reguladoras. Aliás, essa tendência foi acentuada após o atentado de 11/09/2001, pois o Governo Norte-Americano criticou o excesso de independência e a falta de comunicação entre as diversas entidades de inteligência. Finalmente, cabe ressaltar que nesses países a atuação das entidades de auditoria governamental nas questões regulatórias tem sido incrementada.

Com fulcro nessas considerações, pode-se concluir que a própria razão da autonomia das agências reguladoras enseja a atuação do Controle Externo no que concerne às atividades regulatórias. Afinal, é necessário identificar e corrigir decisões que, eventualmente, sejam avaliadas como tecnicamente inconsistentes, incompatíveis com o regime legal ou decorrentes da captura do ente regulador por interesses adversos.

Para que se possa alcançar esse resultado, a atuação do órgão de controle não pode restringir-se à análise da conformidade e da legalidade de procedimentos e

¹⁰² BREYER, Stephen *et alli*. *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*. Harvard University Press, 1993. BREYER, Stephen *et alli*. *Regulation and Its Reform*. Harvard University Press, 1982. BREYER, Stephen *et alli*. *Administrative Law and Regulatory Policy*. Aspen Law & Business. 5ª ed. 2002.

atos administrativos, até porque a discricionariedade dos entes reguladores encontra-se limitada pelas regras e pelos princípios constitucionais e legais aplicáveis.

A administração não pode respaldar resultados contrários aos fins albergados pela legislação. Logo, decisão regulatória de que resulte situação diversa da pretendida pela lei não pode ser tida como legítima. Da mesma forma, o instrumento adotado pelo regulador há de ser idôneo e necessário para o alcance dos fins constitucionais e legais do serviço público. A eleição de meio inadequado ou inútil para a consecução dos objetivos fixados em lei há de ser vista como ilegítima, sendo, portanto, passível de correção.

À luz das competências constitucionais do TCU, não há óbice à apreciação de decisões administrativas, e aí se incluem as decisões regulatórias, não com o intuito de constituir instância superior ou revisora da entidade regulatória, mas para verificar-lhes a conformidade com as finalidades e requisitos legais. Não cabe ao órgão de controle definir as políticas de governo, a escolha das prioridades ou a eleição dos meios. O Tribunal apenas avalia se os meios empregados produzem os resultados esperados, se a Administração o faz de forma eficiente e se efetivamente são produzidos os efeitos almejados pela sociedade.

Finalmente, cabe notar que, ao fiscalizar a atuação das agências reguladoras, o TCU tem procurado atuar de acordo com as melhores práticas internacionalmente reconhecidas e divulgadas pela Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores - Intosai, entidade mundial que congrega os órgãos de fiscalização governamental de diversos países-membros.

3.7 A discricionariedade técnica das agências reguladoras e seus impactos nas atividades de controle

No exercício do controle externo dos serviços públicos delegados, o Tribunal de Contas da União se defronta com dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo e as entidades reguladoras tiverem violado disposição legal, contratual ou regulamentar, o Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas.

Por outro lado, quando se tratar de atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, via de regra, a Corte de Contas somente poderá recomendar a adoção de providências consideradas por ela como adequadas. Afinal, nessa última hipótese, a lei conferiu ao administrador uma margem de liberdade, a qual não pode ser eliminada pelo TCU.

Contudo, se o ato discricionário sob enfoque violar disposição legal, contratual ou regulamentar; tiver sido praticado por autoridade incompetente; não tiver sido observada a forma devida; o motivo determinante e declarado de sua prática não existir; estiver configurado desvio de finalidade ou esse ato, comprovadamente, não for apto à consecução dos fins para ele estatuídos, a Corte de Contas será competente para avaliá-lo e determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar sua anulação. Assim sendo, será sempre necessária uma análise caso a caso para determinar a existência de um desses vícios ensejadores da ação corretiva do TCU.

Ressalte-se que a Corte de Contas poderá determinar a anulação de um ato regulatório, mas não poderá definir previamente o seu conteúdo, sob pena de invadir a esfera de competência do ente regulador.

Caso não seja necessária a adoção de medidas corretivas, compete ao Tribunal recomendar a implementação das providências consideradas oportunas e

convenientes visando tornar mais eficiente a atuação finalística e discricionária das agências reguladoras. Nessa hipótese, de maneira semelhante a que se verifica nas auditorias operacionais, agora tão frequentes na Corte de Contas, o Acórdão deverá conter um conjunto de propostas e recomendações, cuja implementação propiciará uma maior qualidade na prestação de serviços públicos.

4. ALGUNS CASOS RELEVANTES

4.1 Desmembramento de praças de pedágio na Rodovia Presidente Dutra.

Um dos processos que melhor demonstra a relevância da ação do controle externo sobre os órgãos responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização dos serviços concedidos é o TC-014.824/2000-8, que trata da verificação dos cálculos atinentes à fixação das tarifas e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, em virtude do desmembramento da praça de pedágio de Parateí e da criação do sistema combinado Jacareí/Parateí.

O contrato de concessão de exploração da Rodovia Presidente Dutra, assinado em 31/10/1995, previa originalmente a existência de apenas quatro praças de pedágio, a saber: Parateí/SP, Moreira César/SP, Itatiaia/RJ e Viúva Graça/RJ.

Em agosto de 1998 foi aprovada, a pedido da concessionária, uma alteração da configuração da praça de pedágio de Parateí, com a manutenção da praça de cobrança de pedágio no sentido Rio-São Paulo (praça Parateí Sul) e com o deslocamento da praça de cobrança no sentido São Paulo-Rio em, aproximadamente, 25 km (praça Parateí Norte). Para justificar o desmembramento a empresa argumentou que a praça de pedágio original apresentava-se subdimensionada, ocasionando frequentes congestionamentos, e que o seu alargamento era inviável devido à existência de um talude na pista norte (sentido SP/RJ) e do Rio Parateí na pista sul.

A modificação foi aprovada pelo DNER mas com a condição de que a receita adicional gerada pelo incremento de tráfego decorrente da alteração das praças revertesse em benefício dos usuários. Para mensurar o acréscimo de tráfego para cálculo da receita adicional auferida convencionou-se medir o tráfego nova praça (Parateí Norte) e no local da praça original e subtrair o segundo valor do primeiro.

Em 2000 efetuou-se nova alteração da concessão, com a criação de uma nova praça de pedágio, com cobrança bidirecional, localizada no Município de Jacareí, que passaria a funcionar como um desmembramento da Praça de Parateí. A tarifa cobrada em Parateí seria repartida com a de Jacareí e o aumento do número de veículos pedagiados no sistema Parateí-Jacareí deveria resultar na redução total do preço em relação ao valor pago na praça original.

De acordo com o relatório que integrou o voto condutor da Decisão 337/2001-Plenário, Relator o Ministro Walton Alencar Rodrigues, a tarifa de R\$ 3,80 passaria, com a instalação da praça de pedágio de Jacareí, a R\$ 3,50, sendo que R\$ 1,80 seria cobrado nas praças de Parateí Sul e Norte e R\$ 1,70 nas cabines de entrada e saída do município de Jacareí (valores de junho/2000).

Por meio da referida Decisão, o TCU considerou legal a alteração contratual mas condicionou a apreciação definitiva da matéria ao exame a ser promovido pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização – Sefid com vistas a verificar se a redução da tarifa do pedágio foi efetuada de modo a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato sem proporcionar ganhos injustificados à concessionária.

A ressalva decorreu da existência de critérios distintos informados pelo DNER e pela NovaDutra para a contabilização do tráfego adicional proporcionado pela Praça de Pedágio de Parateí Norte; da existência de divergência em relação ao modelo que efetivamente foi implementado; e da ausência, nas informações prestadas, das planilhas que fundamentaram os cálculos das tarifas nas Praças de Pedágio de Parateí Norte/Sul e de Jacareí.

Procedida a fiscalização, a Sefid verificou, dentre outros pontos, que a criação da praça de Jacareí influenciou positivamente no volume de tráfego captado em Parateí, pois tornou-se economicamente mais vantajoso transitar pela Via Dutra em vez de trafegar pela Rodovia Ayrton Senna.

A modificação do comportamento do tráfego assim foi sintetizada pelo Relator:

“Os usuários que se dirigiam habitualmente de São Paulo para Santa Isabel, Arujá, Mogi das Cruzes e região e, na antiga configuração, saíam da rodovia antes da praça de pedágio original de Parateí, agora, com o deslocamento do posto de pedágio para Parateí Norte, passaram a arcar com o pagamento de pedágio. Com isso, originou-se a impedância sobre esse fluxo de veículos, ou seja, o desestímulo para o tráfego naquele ponto da rodovia, em virtude da cobrança da tarifa.

Contrariamente, houve estímulo para o tráfego dos usuários que partiam dessas cidades em direção ao Rio de Janeiro, pois na configuração inicial eles pagavam pedágio em Parateí original e, agora, na nova configuração, já não o pagam.

Além disso, houve a eliminação da fuga de veículos que ocorria por meio dos acessos para Arujá e Mogi das Cruzes. Com efeito, muito usuários utilizavam os acessos de Arujá e Mogi para alcançar a rodovia Ayrton Senna, que corre paralela à Via Dutra, retornando à Dutra após a praça original de Parateí.

Eliminando-se essa rota de fuga, com o deslocamento da praça, esses usuários, já tendo pago o pedágio na praça de Parateí Norte, permanecem na rodovia, aumentando o tráfego medido no local original da praça.

Idêntica situação ocorreu com a criação da praça de Jacareí.

Muitos usuários que vinham pela Dutra, no sentido Rio/São Paulo, após Jacareí, poderiam optar por prosseguir pela Rodovia Ayrton Senna, sem ter pago nenhum pedágio desde a praça de Moreira César.

Com a nova configuração, essa opção passou a não ser economicamente interessante, haja vista que ela só se apresenta para o usuário após o pagamento do pedágio na praça de Jacareí. Em valores percentuais, isso significa que, antes, optar pela Ayrton Senna era a opção 20% mais cara e, agora, com a criação da praça de Jacareí, passou a ser 76,2% mais dispendioso.

Com o desmembramento da praça de Parateí, em Parateí/Jacareí, e a redução de tarifa aplicada, também foi possível reduzir a impedância dos usuários que transitam pela praça original de Parateí, aumentando o tráfego no local pelo desestímulo da adoção de rotas de fuga.

Portanto, o incremento de tráfego, ocorrido no local da praça original de Parateí, é decorrência direta dos desmembramentos efetuados na praça original de Parateí, com o deslocamento de Parateí Norte e a criação de Jacareí.

Isso propiciou, conforme revelou o cuidadoso estudo empreendido pela equipe de inspeção, o acréscimo de, no mínimo, 13,33% no tráfego na praça original de Parateí, sendo que o deslocamento de Parateí Norte estaria contribuindo com um aumento de tráfego da ordem de 4,16%, e a criação de Jacareí estaria contribuindo com o aumento de 10,62%”.

Verificou-se, ainda, que a forma de cálculo adotada pela concessionária para medir o tráfego adicional e, conseqüentemente, a receita adicional, captava apenas parte do aumento de tráfego, de modo que apenas parte das receitas adicionais arrecadadas nas novas praças de Parateí Norte e Jacareí eram inseridas no fluxo de caixa do empreendimento. De fato, parcela expressiva de aumento de receitas permanecia oculta e era indevidamente apropriada pela concessionária.

Houve, em verdade, um acréscimo simultâneo nos tráfegos das praças de Parateí Norte e Sul. No entanto, como a receita adicional auferida era calculada pela a diferença do tráfego nas duas praças, os acréscimos simultâneos de tráfego não eram devidamente computados e, por consequência, a receita adicional real não revertia em benefício do usuário.

A forma correta para calcular o adicional de tráfego produzido pela mudança na configuração das praças seria comparar o tráfego atual, pedagiado, nas novas praças, com o que seria pedagiado se a configuração das praças não tivesse sido alterada.

Efetuando as correções necessárias, a equipe da Sefid concluiu que o desconto ofertado aos usuários no sistema Parateí/Jacareí deveria ser maior: a redução do pedágio de R\$ 4,50 para R\$ 4,20 (desconto de 7,2%), deveria ter sido maior, para R\$ 3,90 (13,5%).

Outro importante achado de auditoria foi o fato de todas as medições de tráfego ao longo da rodovia eram efetuadas pela própria concessionária e que a entidade responsável pela fiscalização da concessão não possuía mecanismos de verificar a correção dos dados informados pela concessionária. Assinalou a equipe de auditoria que seria “imprescindível ao poder concedente possuir meios próprios de aferição do tráfego efetivo na rodovia, ou contratá-los eventualmente, confrontando essas medições com as efetuadas pela Concessionária NovaDutra”.

Dentre as falhas encontradas na auditoria, pode-se citar a “inversão dos tráfegos originais propostos na licitação, ou seja, o tráfego apresentado como de Parateí na verdade era o de Viúva Graça e vice-versa, também o tráfego de Moreira César estava invertido com o de Itatiaia. Como a partir dessa adequação começaram a incidir os descontos na praça de Parateí em função da criação da nova praça de Jacareí, esses descontos passaram a incidir sobre o tráfego apurado em Viúva Graça e não em Parateí”.

Diante desses fatos, o Tribunal proferiu a Decisão 1.648/2002-Plenário, também da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, determinando a realização de revisão do contrato de concessão firmado com a Novadutra, a fim de incorporar ao fluxo de caixa o adicional de tráfego gerado na praça original de Parateí, em razão do deslocamento da praça de Parateí Norte, e do desmembramento que originou a praça de Jacareí.

A concessionária interpôs pedido de reexame argumentando não existir norma legal, regulamentar ou contratual que tornasse obrigatório repassar integralmente ao usuário a receita adicional auferida com as alterações das praças de pedágio. Ademais, sustentou que seria necessário receber parte da receita auferida com as alterações para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, haja vista a não concretização do tráfego projetado no momento da licitação.

A argumentação, contudo, não foi acolhida, pois constou expressamente dos pareceres e estudos elaborados pelo DNER e pela concessionária que o excesso de arrecadação resultante da alteração efetuada em Parateí e a criação da praça de pedágio de Jacareí deveriam ser utilizados em benefício público consistente na redução da tarifa de pedágio. Não poderiam a concessionária ou o DNER deixar de se vincularem às razões que adotaram para justificar as modificações implementadas.

De outro lado, não ficou comprovada a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro, razão pela qual o desmembramento da praça de pedágio de Parateí e a criação da praça de pedágio de Jacareí não poderiam ter visado ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Assim, por meio do Acórdão 575/2007 – Plenário, foi mantida a determinação para a realização da revisão, conforme se depreende da seguinte ementa:

PEDIDO DE REEXAME. DECISÃO 1.648/2002-PLENÁRIO. CONTRATO DE CONCESSÃO DA RODOVIA PRESIDENTE DUTRA. DESMEMBRAMENTO DA PRAÇA DE PEDÁGIO DE PARATEÍ E CRIAÇÃO DA PRAÇA DE PEDÁGIO DE JACAREÍ. DETERMINAÇÕES DIRIGIDAS À ANTT. ELABORAÇÃO DE NORMA PARA REGULAR A METODOLOGIA DE CÁLCULO DE RECEITAS AUFERIDAS COM A ALTERAÇÃO NA CONFIGURAÇÃO DE PRAÇAS DE PEDÁGIO. REVISÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO COM BASE NA NORMA A SER ELABORADA. PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR ENCAMINHADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CONHECIMENTO DO RECURSO. PROVIMENTO PARCIAL. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR.

1. Considera-se que a necessidade de dar atendimento ao interesse público constitui-se no fundamento jurídico aplicável às alterações na configuração das praças de pedágio na Rodovia Presidente Dutra, consistentes no desmembramento da praça de pedágio de Parateí e na criação da praça de pedágio de Jacareí.

2. Quando o interesse público fundamenta a alteração contratual, impõe-se que tal alteração seja fundada em um motivo público e seja dirigida a uma finalidade pública, devendo resultar em benefício exclusivamente público, vinculado ao motivo público e à finalidade pública declarados, repassado integralmente ao usuário na forma de redução da tarifa de pedágio ou de realização de obras de melhoria na rodovia e/ou na prestação de serviços de assistência ao usuário, desde que tais melhorias e serviços não estejam originalmente previstas no PER e sejam comprovadamente úteis, razoáveis e indispensáveis à efetiva adequação do serviço nos termos do art. 6.º da Lei 8.987/95.

3. Não se constatou a existência de fundamentos jurídicos ou fáticos capazes de amparar a pretensão da Concessionária de auferir a receita advinda do acréscimo de tráfego ocasionado pelo desmembramento da praça de pedágio de Parateí e pela criação da praça de Jacareí.

4. Por não se encontrar preenchido o requisito do periculum in mora, indefere-se o pedido de medida cautelar encaminhado pelo MPF, que solicitou fosse determinada a redução da tarifa de pedágio conforme os cálculos efetuados no relatório desta Corte.

É importante ressaltar, porém, que mesmo diante de cálculos precisos que indicavam o valor correto da tarifa, o TCU não determinou a adoção do valor por ele apurado, mas tão somente que a Agência efetuasse nova revisão para a correção dos erros apurados.

4.2. Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados - CCC-ISOL

Exemplo de contribuição do TCU na seara regulatória foi a Auditoria na “Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados - CCC-ISOL”, realizada no Ministério de Minas e Energia - MME, na Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, e nas Centrais Elétricas Brasileiras S.A - Eletrobrás com os seguintes objetivos:

a) averiguar a eficiência do encargo tarifário “Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados - CCC-ISOL” como indutor de modicidade tarifária para esses sistemas;

b) avaliar a eficácia dos seus mecanismos de fiscalização e operacionalização;

c) estimar a razoabilidade da previsão de extinção desse encargo em 2022; e

d) sugerir medidas que possam atenuar o peso desse encargo tarifário
passou a acompanhar de forma sistemática os processos de revisão tarifária periódica de concessionárias de serviços de distribuição de energia elétrica.

A partir do trabalho sistemático de acompanhamento dos procedimentos de revisão tarifária efetuados pela Aneel, chamou a atenção da unidade técnica especializada do TCU o crescente do peso dos encargos tarifários na definição do reposicionamento das tarifas. Dentre os encargos, o de maior relevância é a Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados - CCC-ISOL, que havia sido estimada, em 2004, em cerca de R\$ 3,1 bilhões; em 2005, R\$ 3,6 bilhões; e, em 2006, R\$ 4,5 bilhões.

A CCC-ISOL tem por objetivo permitir o rateio dos custos dos combustíveis consumidos para a geração de energia elétrica nos sistemas isolados, ou seja, nas localidades não conectados ao sistema interligado, que abrange as regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e parte da região Norte, nos estados de Tocantins e Pará.

Na execução dessa auditoria, Para a consecução dos objetivos da auditoria, foram realizados os seguintes procedimentos: delineamento do perfil dos beneficiários e financiadores CCC-ISOL; cálculo do impacto da CCC-ISOL nas tarifas de beneficiários e financiadores; determinação das causas do crescimento da CCC-ISOL no período de 1999 a 2004; descrição dos procedimentos operacionais empregados no gerenciamento da CCC-ISOL; análise do mecanismo da sub-rogação como instrumento de substituição da geração térmica baseada em derivados de petróleo; estimativa de crescimento da CCC-ISOL até 2022; e avaliação do impacto da CCC-ISOL na formulação da política energética.

Do extenso exame realizado, o Relator do processo, Ministro Walton Alencar Rodrigues, destacou o crescimento significativo dos valores despendidos por conta da CCC-ISOL, que cresceu 542% no período de 1999 a 2004, saltando de algo em torno de R\$ 600 milhões em 1999 para cerca de R\$ 3,1 bilhões em 2004. Na opinião do Relator, tão expressiva elevação já seria razão suficiente para impor ao setor o dever de avaliar alternativas economicamente mais eficientes e apropriadas.

Ressaltou o Ministro a inexistência de efetivo controle dos recursos utilizados e o elevado nível de desperdício do sistema. Não existia nenhuma conferência da efetiva utilização do combustível na geração termelétrica, nem se realizava qualquer monitoramento da energia efetivamente gerada, nem sequer para verificar se a geração das usinas era compatível com o consumo do combustível.

A ausência de controles resultava em ressarcimento total dos gastos informados pelos concessionários. Havia, pois, verdadeiro incentivo à ineficiência, o que permitia compreender o injustificável nível das perdas elétricas nos sistemas isolados, muito superiores aos níveis verificados nas demais operadoras. Em termos quantitativos, as perdas foram estimadas em R\$ 1 bilhão.

O Relator apresentou, ainda, algumas críticas ao papel desempenhado pela Eletrobrás e pela Aneel, conforme reproduzido a seguir:

“(...) Semelhante situação não pode sequer ser tida como razoável, mormente quando a lei exige expressamente mecanismos que induzam à eficiência econômica e energética.

(...)

Corroboram essa lamentável inoperância os dados fornecidos pela Eletrobrás, que se mostraram absolutamente inconsistentes, malgrado as infrutíferas tentativas da Sefid em conseguir esclarecer e suprir as falhas identificadas, conforme o teor dos itens 39/41 do relatório transcrito.

A Eletrobrás reconhece como extremamente precárias as ações de fiscalização desenvolvidas, mas alega que não lhe cabe exclusivamente essa tarefa.

Efetivamente, muito embora a Resolução Aneel 350/99 tenha atribuído à estatal a responsabilidade de referendar os valores a serem reembolsados com a CCC, trata-se de tarefa que, em princípio, já não lhe cabe, principalmente em vista dos operadores privados, sobre os quais a Eletrobrás não detém poder fiscalizatório.

Ademais, deve ser ressaltada a situação, no mínimo inusitada, em que se confundem os papéis da estatal. A entidade controla a Manaus Energia, destinatária de 49% dos recursos repassados a título de ressarcimento. Não se afigura adequado que a entidade que gerencia os repasses da CCC seja também a que detém o controle dos maiores beneficiários desses recursos, em afronta ao basilar princípio da segregação de funções.

(...)

Ainda que, no passado, se tenha atribuído à Eletrobrás o controle ou a gestão da CCC, a legislação atual demanda nova regulamentação por parte da Aneel, mormente para corrigir distorções existentes, sejam as que decorrem do fato de a Eletrobrás não ter poder para fiscalizar concessionárias privadas, sejam as que derivam da ausência de segregação de funções.

Aliás, não se afigura adequado ao modelo de agências reguladoras independentes delegar para entidades reguladas a execução de tarefas típicas do órgão regulador, em especial as de fiscalização e controle”.

Ao fim, o TCU deliberou por efetuar diversas determinações e recomendações ao Ministério de Minas e Energia, à Agência Nacional de Energia Elétrica e às Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Acórdão 556/2005 – Plenário).

As ações levadas a efeito por parte da Aneel, após a realização dessa auditoria, contribuíram para que o valor previsto para a CCC-ISOL em 2007 fosse fixado em meros R\$ 2,87 bilhões, bastante inferior ao valor adotado em 2006, de cerca de R\$ 4,5 bilhões.

4.3. Fundo de Universalização de Serviços de Telecomunicações - FUST

Outro exemplo de questão regulatória cuja solução dizia respeito diretamente à atividade desempenhada pelo Tribunal de Contas da União foi a questão da utilização dos recursos do Fundo de Universalização de Serviços de Telecomunicações, objeto de dois processos distintos (TC-013.158/2001-1 e TC-005.302/2003-9).

O TC-013.158/2001-1 tratou de representação formulada por Deputados Federais que alegaram a existência de irregularidades no processo licitatório conduzido pela Anatel para a implementação das metas previstas nos Planos de Metas para a Universalização de Serviços de Telecomunicações em Escolas de Ensino Médio e Profissionalizante.

O processo foi analisado por diversas unidades técnicas distintas no TCU e recebeu pareceres divergentes da 1ª Secex e da Sefid.

A 1ª Secex apresentou as seguintes conclusões:

a) o edital encontrava-se em desacordo com as disposições constitucionais relativas ao Plano Plurianual e à Lei de Responsabilidade Fiscal;

b) a licitação deveria ser regida pela Lei nº 8.666/93, uma vez que o seu objeto não se enquadraria nas exceções previstas na Lei Geral de Telecomunicações – LGT;

c) a licitação deveria restringir-se às prestadoras de serviços de telecomunicações mas deveria ser admitida a participação de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações no regime privado (empresas autorizadas);

A Sefid, por outro lado, aduziu o seguinte:

a) somente os serviços de telecomunicações prestados em regime público poderiam ser objeto de obrigações de universalização, pois não há previsão legal para atribuição de obrigações de universalização ao prestador de serviço em regime privado;

b) o serviço descrito no edital a ser implantado como obrigação de universalização não corresponde a nenhum serviço prestado no regime público;

c) o serviço em tela assemelhava-se ao Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações - SRTT, prestados em regime privado;

d) não seria lícito atribuir às prestadoras de Serviço de Telefonia Fixa Comutada - STFC em regime público obrigações de universalização de outro serviço de telecomunicações, muito menos em se tratando de serviços prestados em regime privado;

e) tampouco seria lícito atribuir obrigações de universalização a qualquer prestadora de serviços de telecomunicações em regime privado.

Antes da apreciação de mérito, porém, o edital em tela foi anulado pela Anatel, o que resultou na perda de objeto da representação (Decisão 1308/2002 – Plenário).

Posteriormente, ante as dúvidas suscitadas na interpretação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à aplicação dos recursos do Fust, o Ministério das Comunicações formulou uma Consulta ao TCU, o que se tornou o objeto do TC-005.302/2003-9.

O cerne da questão era a definição da legislação a reger a utilização de recursos do Fundo de Universalização de Serviços de Telecomunicações - FUST para a contratação de serviços de implantação, manutenção de utilização de acesso a redes digitais de informação, inclusive internet, a instituições de ensino, bibliotecas e instituições de saúde.

A divergência entre as unidades técnicas foi assim sintetizada pelo relator, Ministro Humberto Souto:

“A 1ª SECEX e o Ministério Público entendem que a contratação objeto da consulta deve ser regida pela Lei nº 8.666/1993, uma vez que:

a) o FUST é fundo especial nos termos da Lei nº 4.320/1964;

b) os fundos especiais se subordinam à Lei nº 8.666/1993, nos termos do art. 1º, parágrafo único do referido diploma legal;

c) não se trata de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, caso em que seria aplicável a Lei nº 9.472/1997, mas sim da implementação de um programa de governo que envolve a contratação de um serviço de telecomunicação - serviço de banda larga por ADSL (Asymetrical Digital Subscriber Line) - que é prestado mediante autorização em regime privado como SRTT (Serviço de Redes de Transporte de Telecomunicações).

d) as prestadoras submetidas ao regime privado não estão obrigadas a cumprir metas de universalização, fixadas unilateralmente, mas nada impede que, tendo interesse em prestar o serviço, assumam obrigações contratuais por vontade própria.

Por sua vez, a Secretaria de Fiscalização de Desestatização - SEFID entende que os objetos alvo da consulta devem ser operacionalizados nos termos da Lei nº 9.472/1997 (LGT), uma vez que:

a) o FUST destina-se ao financiamento de obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, as quais somente podem ser atribuídas aos prestadores em regime público;

b) ainda que os serviços sujeitos à prestação em caráter universal também possam ser providos em regime privado, apenas às prestadoras em regime público podem ser imputadas obrigações de universalização;

c) os objetos da consulta devem constituir uma nova modalidade de serviço em regime público, a ser objeto de outorgas licitadas a todas as empresas que desejarem se tornar concessionárias do referido serviço”.

O Relator, tendo por base o §1º do art. 65 da LGT, concluiu que para atender compromissos relacionados ao conceito de universalização não seria legalmente possível a prestação de serviços exclusivamente em regime privado. Não seria viável, portanto, a solução preconizada pela 1ª Secex.

Acolhendo a proposta do Relator, o Plenário adotou o entendimento de que, nas circunstâncias descritas pelo Ministério das Comunicações, a atribuição de novas

metas de universalização dependia de uma licitação para a outorga de um novo serviço, ou de uma nova modalidade de serviço a ser prestado em regime público, nos moldes regidos pela LGT (Acórdão 1107/2003 – Plenário).

Essa deliberação levou a Anatel a optar pela criação do Serviço de Comunicações Digitais – SCD – que não chegou a ser implementado, razão pela qual o TCU realizou uma auditoria operacional com o objetivo de verificar as dificuldades, limitações e barreiras que estavam impedindo a aplicação dos recursos do Fust, consubstanciada no TC-010.889/2005-5, que resultou no Acórdão 2148/2005 – Plenário. Pela relevância, transcreve-se trechos do voto do Relator, Ministro Ubiratan Aguiar.

“4. Por todas as informações que foram colhidas pela equipe de auditoria, constata-se que a principal causa para a não-aplicação dos recursos foi a falta, ao longo desses anos, de uma atuação mais eficaz do Ministério das Comunicações, a quem cabe, conforme estabelece o art. 2º da Lei nº 9.998/2000, ‘formular as políticas, as diretrizes gerais e as prioridades que orientarão as aplicações do Fust, bem como definir os programas, projetos e atividades financiados com recursos do Fundo...’.

5. (...) A elaboração das políticas e diretrizes, além do estabelecimento de prioridades, deve ser o ponto de partida para a definição dos programas e projetos que serão desenvolvidos. Conforme demonstrado pela equipe de auditoria, o Ministério das Comunicações não exerceu adequadamente suas atribuições quanto a esses aspectos.

(...)

18. (...) Mas o fato é que a principal causa da ausência de aplicação desses recursos até o momento foi a incapacidade do governo, principalmente do Ministério das Comunicações, em definir, de forma adequada, as políticas, diretrizes gerais e prioridades para a utilização desses recursos, conforme exige o art. 2º da Lei nº 9.998/2000. E até mesmo em consequência disso, também não houve a definição dos programas, projetos e atividades que seriam financiados com tais recursos”.

Em razão dessas conclusões foram efetuadas diversas determinações para que o Ministério das Comunicações e a Anatel executassem as ações necessárias, previstas na própria lei de criação de Fust, de forma a criar as condições para a efetiva utilização dos recursos.

5. AS DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS NO ÂMBITO DO TCU

5.1 O caso da revisão tarifária da Light Serviços de Eletricidade S. A. - Acórdão nº 1.757/2004 – Plenário (Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues – Revisor Ministro Benjamin Zymler):

“EMENTA: Acompanhamento. ANEEL. Processo de Revisão Tarifária da Light Serviços de Eletricidade SA. Exercício de 2003. Embargos de declaração opostos a acórdão que determinou à agência a inclusão dos efeitos do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio no cálculo do reposicionamento tarifário e nos próximos processos de revisão tarifária. Competência da Aneel de avaliar a conveniência, a oportunidade e a forma mais adequada de considerar tais efeitos nos processos de revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica. Conhecimento. Provimento. Recomendação. Diligência.”

5.1.1 Breve histórico

Os Embargos de Declaração em tela foram opostos pelo então Diretor-Presidente da Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, José Mário de Miranda Abdo, contra o item 9.1. do Acórdão 556/2004 - TCU - Plenário, a seguir transcrito:

"9.1. determinar à Aneel que:

9.1.1 adote as providências necessárias para incluir, no cálculo do reposicionamento tarifário da LIGHT, ocorrido em 2003, os efeitos do benefício fiscal previsto na Lei nº 9.249/1995, decorrentes da distribuição aos acionistas de juros sobre o capital próprio;

9.1.2 inclua, nos próximos processos de revisão tarifária, os efeitos do benefício fiscal previsto na Lei nº 9.249/1995, decorrentes da distribuição aos acionistas de juros sobre o capital próprio;"

Visando fundamentar seu pleito, o embargante:

a) discorreu sobre a evolução do regime tarifário aplicável ao setor elétrico, iniciando com o Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934) e seu regime de tarifa “pelo custo”, o qual perdurou até a adoção do “regime pelo preço”, previsto nas Leis nº 8.987/1995 e nº 9.427/1996;

b) informou que a Aneel, em conformidade com o disposto no contrato de concessão, repassa às tarifas as variações anuais de custos observadas na denominada parcela "A", ao passo que a outra parcela, intitulada “B”, seria reajustada anualmente pelo IGPM ajustado pelo Fator "X";

c) alegou que a decisão embargada teria desconsiderado a mudança do “regime do serviço pelo custo para o regime do serviço pelo preço”, pois “o exame dos efetivos custos e benefícios percebidos por concessionária representaria um retorno ao regime do serviço pelo custo, em que os custos das concessionárias eram todos somados para que se alcançasse uma base que, somada a uma margem representativa do lucro, seria considerada para fins de fixação das tarifas”;

d) argumentou que o acórdão impugnado incorreu em omissão “ao não considerar que a ANEEL ainda desenvolve estudo com vistas a tomar decisão quanto ao benefício fiscal dentro do processo de revisão tarifária periódica, no contexto da regulação por incentivos”. Aduziu que também não foi examinado o “contexto global do processo regulatório, em que a modicidade tarifária foi extensivamente contemplada”.

Com espeque nessas considerações, o embargante requereu o conhecimento do recurso e, no mérito, seu “provimento para sanar a omissão apontada, de modo que a questão seja examinada dentro do atual contexto do regime tarifário do setor elétrico e a Aneel, priorizando o estudo que vem sendo desenvolvido, defina o tratamento regulatório adequado e o coloque em prática, no exercício de sua autêntica competência regulatória, definida em lei”. Registrou que, após a conclusão do estudo citado, caso seja necessário, haverá a revisão das tarifas, visando evitar prejuízos para os consumidores.

O Ministro-Relator determinou à Secretaria de Fiscalização de Desestatização – Sefid que examinasse essa questão. A Sefid manifestou-se pelo não provimento dos embargos e destacou que:

a) os juros sobre o capital próprio integram, desde o momento inicial, a metodologia que a Agência, com base em sua competência regulatória, definiu como apropriada para a revisão tarifária. Nesse mesmo sentido, a Fundação Universitária de Brasília – Fubra elaborou relatório denominado “*Determinação de Estrutura Ótima de Capital (EOC) das Concessionárias de Distribuição de Energia Elétrica*”;

b) quando da divulgação da revisão tarifária, a Agência afirmou explicitamente que iria considerar na estrutura de capital a participação de capital

próprio, que tem custo maior, porque no Brasil existe o benefício fiscal decorrente do pagamento de juros sobre o capital próprio. Isso impõe que esse benefício fiscal seja considerado no cálculo do reposicionamento tarifário;

c) a Aneel não considerou o impacto fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio no cálculo do reposicionamento tarifário das empresas Cemig, Eletropaulo, Light e Cerj;

d) simulações preparadas com os dados da própria Aneel indicam que esse item ostenta considerável impacto no cálculo do reposicionamento tarifário e, portanto, não poderia ser desconsiderado;

e) o TCU jamais determinou à Aneel a adoção de tal ou qual procedimento, não definiu índice de reposicionamento tarifário, nem estabeleceu regras para o processo de reajustamento das tarifas. As simulações realizadas constituíram mero exercício de aproximação, para avaliar o impacto concreto do pagamento de juros sobre o capital próprio no cálculo dos reajustes tarifários analisados;

f) em nenhum momento, o Tribunal questionou o regime tarifário aplicável às concessões de distribuição de energia elétrica ou determinou o exame dos custos e despesas realizadas pela concessionária. O regime de preços-máximos foi estabelecido no contrato de concessão e não cabe ao Tribunal determinar a sua alteração;

g) o Tribunal apenas determinou à Aneel que ela implementasse o modelo por ela elaborado.

5.1.2 Manifestação do Ministro Walton Alencar Rodrigues (Relator do Feito)

Após conhecer dos embargos em tela, o Ministro-Relator destacou que não existem as omissões suscitadas pela Aneel, muito embora seja necessário esclarecer obscuridade referente ao exato teor do Acórdão embargado. Nesse sentido, ele ressaltou que:

a) a análise do TCU levou em conta a adoção do regime tarifário do serviço pelo preço. Logo, essa análise foi realizada em conformidade com o atual regime tarifário do setor elétrico nacional. O acompanhamento pelo Tribunal das revisões tarifárias é realizado com base na Instrução Normativa TCU nº 43/2002, cuja elaboração foi precedida da análise dos mecanismos adotados pela Aneel nas revisões tarifárias periódicas, das diretrizes da Intosai para o controle da regulação econômica e das melhores práticas identificadas na literatura especializada;

b) os pareceres da unidade técnica tratam da regulação por preços máximos, da definição do Fator X e da empresa de referência, na forma apresentada pela agência reguladora. As normas citadas, as cláusulas contratuais transcritas, as Notas Técnicas apresentadas e as explicações a respeito das metodologias empregadas nos processos revisionais foram objeto de detida apreciação por parte do TCU;

c) durante o processo de revisão tarifária periódica, são definidos o reposicionamento tarifário e o Fator X que será utilizado nos reajustes tarifários anuais até a próxima revisão periódica. O percentual que será aplicado como reposicionamento tarifário do concessionário de energia elétrica resulta da comparação da receita requerida com a receita verificada em um determinado ano-teste. A receita requerida é composta de duas parcelas. A “Parcela A” inclui os custos sobre os quais a concessionária não tem influência (compra de energia elétrica e encargos tarifários), que são repassados integralmente para a tarifa. A Parcela B inclui os custos de operação, a remuneração dos investimentos e os tributos. Sobre essa última parcela recai o esforço maior do regulador durante a revisão periódica. Segundo a Aneel, a essência da revisão tarifária consiste em se definir um novo valor para a Parcela B;

d) para chegar ao valor da Parcela B, a Aneel estabelece níveis de custos operacionais eficientes (reconhecidos pela Agência) e uma remuneração adequada sobre os investimentos prudentes (relacionados exclusivamente com a prestação do serviço de distribuição de energia). Portanto, custos e remuneração são definidos pela agência, sendo que a receita verificada é aquela obtida pela aplicação das tarifas de fornecimento em vigor sobre o mercado de venda considerado para o ano-teste;

e) em seguida, é calculado o Fator X, que expressa os ganhos de eficiência projetados que devem ser repassados para o consumidor até a próxima revisão tarifária. Tais ganhos não estão associados a uma gestão mais eficiente da concessionária. Eles decorrem dos incrementos das vendas da concessionária tanto pelo maior consumo dos clientes existentes quanto pela incorporação de novos clientes. Esse ganho de produtividade do negócio, que não decorre de uma maior eficiência na gestão da concessionária distribuidora, deve ser repassado aos consumidores mediante a aplicação de um redutor do índice que reajusta a Parcela B da receita (IGP-M) e esse redutor consiste no Fator X;

f) não procede a afirmação de que o exame dos efetivos custos e benefícios percebidos por concessionária representaria o retorno ao regime do serviço pelo custo. As leis que disciplinam o “*regime de serviço pelo preço*” apenas afastam a obrigatoriedade, constante da legislação anterior, de fixar tarifas exclusivamente com base nos custos das concessionárias. Tais leis não fixaram metodologia nem impuseram restrições, mas limitaram-se a disciplinar que as tarifas seriam definidas em contrato e alteradas, posteriormente, pela agência reguladora, em processos de reajuste e revisão¹⁰³;

g) a metodologia adotada pela Aneel para o cálculo do reposicionamento tarifário prevê expressamente o exame de determinados custos e benefícios da concessionária, por exemplo, o repasse à tarifa dos custos não gerenciáveis incorridos pela empresa, a aferição de receitas extraconcessão para fins de modicidade tarifária e a definição da base de remuneração da entidade (que envolve avaliar os ativos alocados à prestação do serviço concedido). Assim, esse exame de custos e benefícios não implica a regulação pelo custo do serviço nem é inconsistente com o regime de serviço pelo preço. Ademais, o cômputo do benefício fiscal decorrente do pagamento de juros sobre capital próprio não guarda nenhuma relação com a verificação contábil de todos os custos da concessionária nem demanda que tais custos sejam tomados como base para fixação da nova tarifa. Trata-se de contornar os problemas decorrentes do uso do modelo de custo médio ponderado de capital (WACC) para o cálculo da taxa de retorno, a ser utilizada no procedimento revisional, o que afeta diretamente a definição da parcela B da receita requerida e, conseqüentemente, o índice de reposicionamento tarifário;

¹⁰³ O art. 9º da Lei nº 8.987/1995 estabeleceu que:

“Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta lei, no edital e no contrato.”

Já o art. 15 da Lei nº 9.427/1996 assim dispôs:

“Art. 15. Entende-se por serviço pelo preço o regime econômico-financeiro mediante o qual as tarifas máximas do serviço público de energia elétrica são fixadas:

I - no contrato de concessão ou permissão resultante de licitação pública, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II - no contrato que prorrogue a concessão existente, nas hipóteses admitidas na Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

III - no contrato de concessão celebrado em decorrência de desestatização, nos casos indicados no art. 27 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

IV - em ato específico da ANEEL, que autorize a aplicação de novos valores, resultantes de revisão ou de reajuste, nas condições do respectivo contrato”.

h) não é raro que, em regimes regulatórios de preços máximos, a revisão tarifária tome por base a realidade de custos e receitas da empresa regulada. Esse foi, aliás, o procedimento adotado pela Agência nas revisões tarifárias da Escelsa. Consoante a Nota Técnica Aneel nº 73/2001, para o cálculo da receita requerida e da receita verificada da concessionária, foram apuradas receitas e despesas efetivamente percebidas e incorridas pela entidade, ao longo de oito meses, com projeções relativas a outros quatro meses. Por seu turno, a Nota Técnica nº 30/2003 deixa claro que a Aneel adotou o modelo da empresa de referência para minimizar problemas de assimetria de informações, mas não em decorrência de incompatibilidade entre o regime tarifário vigente e a análise de custos das empresas.¹⁰⁴ Não há, portanto, vedação legal ou metodológica que impeça o exame de custos ou benefícios da empresa regulada. De qualquer modo, as razões que fundamentam o Acórdão embargado esclarecem que não se trata de apurar custos ou despesas da concessionária, mas de adaptar o modelo de custo médio ponderado de capital (WACC) às peculiaridades da legislação brasileira.

i) a adoção pela Aneel da empresa de referência como parâmetro impõe que a concessionária efetivamente distribua juros sobre o capital próprio, sob pena de não ser eficiente. Caso contrário, não haveria razão para a agência ter considerado esse benefício na definição da estrutura de capital utilizada no processo de revisão. Assim, não há óbice a que sejam considerados os benefícios fiscais tratados nos autos, não representando, tal prática, o retorno ao regime do serviço pelo custo;

j) segundo a Aneel, mesmo antes da deliberação do TCU, ela já estudava os efeitos do benefício fiscal decorrente do pagamento de juros sobre o capital próprio, visando identificar o impacto dos benefícios citados, tendo em vista os longos prazos contratuais, bem como verificar sua compatibilidade com a regulação por incentivos. Alega a entidade que a não conclusão dos estudos não pode ser interpretada como se a Aneel houvesse deixado de privilegiar o princípio da modicidade tarifária. Não foi esta, absolutamente, a intenção do acórdão de que se recorre. A Aneel tem demonstrado, em várias oportunidades, excepcional atenção e louvável preocupação com a questão da legalidade e da modicidade das tarifas, obtendo expressivo sucesso na contenção de um universo de anseios não contratualmente fundamentados¹⁰⁵. Assim, no contexto geral, a Agência estabelece louvável marco no plano regulatório;

¹⁰⁴ “15. A determinação dos ‘custos operacionais eficientes’ constitui, efetivamente, um dos grandes desafios da revisão tarifária. A análise dos custos da própria empresa sujeita o regulador aos efeitos da “assimetria de informação”, dado que o método se apóia na análise e auditoria das informações fornecidas pela empresa regulada. É reconhecido que este é o âmbito de discussão no qual as empresas se sentem mais cómodas. Ao mesmo tempo, resulta ser o mais desfavorável para o regulador, que se vê obrigado a auditar permanentemente as informações fornecidas pela empresa, processo que gera fricções e discussões que é conveniente evitar. Nesse terreno, a assimetria no manejo dessa informação coloca o regulador em uma situação muito desvantajosa. Em particular, o procedimento para identificar, na base de dados contábeis da concessionária, os custos necessários à prestação eficiente do serviço, pode ser muito complexo e fonte potencial de discussões infundáveis.

16. Diante desse problema real, a ANEEL está adotando uma abordagem distinta para a definição dos custos operacionais justos que devem ser pagos pelo consumidor(...)

18. De outro lado, esse processo de construção dos custos operacionais não se realiza como uma “reengenharia” dos processos e atividades da concessionária. Trata-se de uma abordagem “não invasiva”, já que não se discute a forma como a concessionária está gerenciando seus custos operacionais. Antes, se trata de desenhar uma referência com a qual a concessionária deverá competir, sendo dessa forma incentivada a manter seus custos dentro dos valores reconhecidos para lograr a rentabilidade esperada, ou até superá-la. (...) Ou seja, os custos eficientes configuram uma meta a ser atingida pela concessionária ao longo de um período de tempo.”

¹⁰⁵ Por exemplo, a Light apresentou laudo de avaliação em que o valor da base de remuneração alcançava R\$ 6.513.667.563,27. Esse laudo não foi aprovado pelo regulador devido a inconsistências encontradas. A Agência adotou como referência, em caráter provisório, o valor de R\$ 4.982.059.765,91 (Nota Técnica nº

k) os tópicos questionados pelo TCU, embora relevantes, são pontuais e não desmerecem a longa e qualificada folha de ações reguladoras da agência, sempre voltada ao interesse público. Não há dúvidas da ponderada ação da Aneel no sopesar os princípios da modicidade tarifária e da efetiva necessidade de adequada remuneração aos prestadores de serviço que atuem com eficiência. No entanto, essas considerações não afetam o mérito da questão embargada. O Acórdão não tratou de análise ampla de todo o procedimento conduzido pela Agência, mas tão-somente de pontos específicos cuja apreciação se fazia relevante no momento;

l) a teor da Resolução Aneel nº 591/2003, o percentual de reposicionamento era provisório. Nesta Resolução, a agência afirmou que o valor definitivo do índice de reposicionamento tarifário dependeria de definições a respeito da Quota de Reintegração e da Base de Remuneração Regulatória. Aduziu que eventuais distorções seriam futuramente corrigidas, por ocasião do reajuste tarifário anual, previsto para 7 de novembro de 2004. Não houve menção ao fato de que a agência estava estudando os efeitos do pagamento de juros sobre o capital próprio e de que isso poderia influir nos reajustes apurados, nos termos em que havia sido expressamente alertada pela Fubra, consultoria contratada pela própria agência;

m) a autorização legal para o pagamento de juros sobre o capital próprio influencia sobremaneira a rentabilidade de qualquer empresa e determina a composição da estrutura de capital da empresa de referência, paradigma adotado pela Aneel, aumentando a participação de capital próprio. Isso eleva o custo médio de capital da concessionária e, conseqüentemente, aumenta a taxa de retorno adotada no processo de revisão, o que resulta em tarifas mais elevadas para o consumidor. A esse efeito, soma-se o fato de que o modelo WACC, amplamente adotado em processos revisionais, leva em consideração apenas a existência de benefícios fiscais sobre pagamento de dívida (juros sobre capital de terceiros), não contemplando benefícios fiscais sobre pagamento de juros sobre capital próprio, cuja existência é prevista apenas na legislação brasileira. Em todo caso, o custo médio de capital, encontrado com o uso do modelo WACC, resulta maior do que o custo real e ocasiona taxa de retorno indevidamente elevada. Conseqüentemente, a receita requerida será maior que a efetivamente necessária e o índice de reposicionamento tarifário será superior ao efetivamente devido;

n) alternativamente, a Fubra sugeriu levar em consideração a existência do benefício fiscal diretamente na planilha de cálculo da revisão tarifária, a exemplo do que é feito em casos semelhantes por outras entidades reguladoras, como o *Office of the Regulator General* do Estado de Vitória (Austrália), mencionado no anexo II da Nota Técnica nº 97/2003. Ressalte-se que a Nota Técnica nº 97/2003, embora reconheça a existência de juros sobre o capital próprio, nada menciona quanto à influência desse benefício sobre a taxa de remuneração e sobre a receita requerida. Tampouco a Resolução Aneel nº 323/2003, que afirmou a precariedade dos índices calculados, fez referência a outros ajustes necessários nos índices;

o) a determinação recorrida baseou-se não na premissa da inexistência de estudos do ente regulador, mas no risco de que, dentro do modelo de reajuste tarifário adotado pela Aneel, não fossem devidamente considerados os impactos do benefício legal. Uma vez alicerçadas as premissas do modelo de aferição do reajuste tarifário, baseadas nos custos de uma empresa eficiente, de existência virtual e paralela com a empresa concreta, que foram estabelecidas pela Aneel no uso de sua competência

188/2003), correspondente ao valor arbitrado com base nos resultados da avaliação dos ativos apresentados pela concessionária. Em decorrência desse procedimento, houve uma redução de 2,00% no valor da tarifa, o que efetivamente favoreceu o consumidor e a modicidade tarifária.

discricionária, a agência a elas se vincula, deixando o cômputo do benefício de ser matéria discricionária;

p) a questão controversa não é o exame de custos e benefícios da concessionária, cuja autonomia administrativa é plena, mas a correta apuração do custo de capital da empresa de referência dentro do modelo estabelecido pela Aneel para ser utilizado na revisão tarifária. Trata-se, portanto, de adaptar o modelo de custo médio ponderado de capital (WACC) às peculiaridades da legislação brasileira.

Estando os autos conclusos para julgamento, o Ministério Público junto ao TCU deles solicitou vista. Em seguida, o *Parquet* se manifestou no sentido de que fosse dado provimento aos presentes embargos e, por via de consequência, as determinações fossem excluídas ou transformadas em recomendações, cuja implementação dependeria de decisão discricionária da agência, a ser adotada em conformidade com os estudos então em andamento. Visando fundamentar seu entendimento, o órgão ministerial asseverou que:

a) o TCU somente pode aferir a conformidade dos atos das agências reguladoras expressamente previstos e disciplinados em lei - atos vinculados - restando afastada a possibilidade de determinar a adoção de medida corretiva, cabendo-lhe tão-somente apontar a falha cuja correção ficaria a cargo da discricionariedade da agência;

b) cabe ao TCU, no máximo, expedir recomendações, que devem ser evitadas para “*que o sistema funcione com maior segurança*”. Há o risco de o TCU contribuir para agravar a “*incerteza jurisdicional*”, “*a insegurança gerada pelos múltiplos morosos e conflitantes controles estatais a que se sujeitam os investimentos realizados no Brasil*”;

c) a opção pelo benefício fiscal resulta em menor tributação sobre a renda. Porém, consoante o § 3º do artigo 9º da Lei nº 8.987/1995, eventuais criações, alterações ou extinções de tributos - excluído o sobre a renda - ou encargos legais, no curso da execução da concessão, quando comprovado seu impacto, implicam a revisão da tarifa, mas não haveria obrigatoriedade legal de que essas alterações repercutissem integral e exclusivamente no valor da tarifa;

d) o fato de a Agência ter considerado que a empresa de referência pagaria juros sobre o capital próprio não significa que os efeitos desse benefício devam ser considerados para favorecer a modicidade tarifária.

O Ministro-Relator discordou desse entendimento, pelas seguintes razões:

a) o questionamento de suposta “*incerteza jurisdicional*”, que poderia decorrer da atuação do controle externo, não merece acolhida. Os economistas citados pelo Procurador-Geral não se referem a incertezas regulatórias ou relacionadas a investimentos no País, nem fazem referência aos múltiplos e conflitantes controles estatais. Ao contrário, retratam a “*incerteza jurisdicional*” como uma tendência difusa de os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo se manifestarem com viés contrário aos credores., o que justificaria a inexistência, no País, de mercado de crédito de longo prazo;

b) o exercício das competências constitucionais de controle do TCU não é causa de instabilidade, porquanto corretamente orienta a atuação das agências e de toda a Administração. A eventual revisão de decisões regulatórias é consequência natural do Estado de Direito e dos múltiplos controles impostos à atividade administrativa em defesa da sociedade. Na verdade, trata-se de fazer respeitar o modelo vigente. Não é a decisão do TCU que provoca instabilidade, mas a omissão da agência em deixar transparente, no ato de fixação de tarifas provisórias, que elas poderiam ser alteradas em razão de estudo específico sobre o pagamento de juros sobre o capital próprio. Em nenhum momento do processo revisional, a agência deu a conhecer aos interessados que

estava conduzindo estudos para redefinir a questão nem informou que tal apreciação poderia afetar o resultado da revisão;

c) a questão controversa nada tem que ver com revisão tarifária extraordinária, decorrente de alterações tributárias, por meio da qual se busca recompor o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, mantendo a relação de equivalência entre receitas e encargos existente antes das modificações. Por isso, é obrigatória a integral repercussão nas tarifas dos efeitos da elevação ou redução de tributos. Aliás, alterações tributárias constituem álea administrativa típica, classificadas como fato do príncipe, e, como tal, correm inteiramente por conta do poder concedente. Não cabe ao concessionário arcar com o aumento de custo decorrente de alteração de alíquotas, nem lhe é permitido auferir ganho decorrente de redução de tributos, salvo expressa disposição legal quanto ao imposto sobre a renda. No entanto, não versam os autos sobre a obrigatoriedade de repassar integralmente ao usuários eventual benefício auferido por concessionária, mas de assegurar a apuração correta do custo de capital da empresa de referência;

d) o Ministério Público reconhece que o aludido benefício fiscal permite às empresas remunerar o capital de seus sócios de modo análogo ao capital de terceiros. Esse tratamento tributário, que afeta o custo do capital próprio da empresa de referência, deixou de ser considerado. O incentivo para o uso de maior parcela de capital próprio decorre do seu menor custo. Existe, portanto, relação de causa e efeito que foi ignorada. O processo revisional trata a questão como se o efeito (maior uso de capital próprio) pudesse existir sem a causa (menor custo), o que é ilógico. Tal omissão ocorre porque a fórmula do WACC adotada não contempla a redução de custo de capital próprio decorrente do particular benefício da legislação pátria;

e) a metodologia adotada pela Aneel, se corretamente empregada, resultaria na simultânea satisfação de todas as condições caracterizadoras do serviço adequado. Porém, ao desconsiderar o impacto do pagamento de juros sobre capital próprio, a agência superestimou o custo médio de capital da empresa de referência e, com isso, permitiu tarifas maiores que as suficientes para assegurar a prestação adequada do serviço público. A apreciação da matéria em nada afeta ou prejudica a continuidade, a regularidade, a eficiência, a segurança, a atualidade ou a generalidade do serviço público. Seu único efeito é assegurar o princípio da modicidade tarifária que, nesta questão, deixou de ser observado. Depreende-se que a metodologia empregada não é a melhor. Se é viável assegurar ao concessionário dada remuneração tida como adequada e, com isso, garantir a consecução do interesse público, na prestação do serviço adequado, impondo-se à sociedade menores tarifas - ônus menor - essa é a solução que se deverá adotar;

f) o Ministério Público reconhece a competência do TCU para o controle dos atos vinculados, mas considera que, no caso em tela, trata-se de ato discricionário da Aneel, insuscetível de controle, relativamente ao qual cabe ao TCU somente expedir recomendações, de facultativa implementação pela Agência. No direito brasileiro, as agências reguladoras constituem autarquias especiais e, como todas as autarquias, integram a Administração Pública Indireta. Assim, decisões e atos emanados dessas entidades consubstanciam atos administrativos somente válidos quando expedidos em perfeita sintonia com os requisitos traçados pelo ordenamento. A agência reguladora, ao exercer sua competência discricionária, sujeita-se a todos os condicionantes jurídicos aplicáveis à edição de atos administrativos, de ordem normativa ou principiológica. Assim, ainda que o ato seja discricionário, haverá possibilidade de controle, em especial quanto à razoabilidade e à proporcionalidade, além da competência, da finalidade e da forma;

g) a observância ao Princípio da Proporcionalidade pode ser adotada como parâmetro de controle. Verifica-se que, no presente caso, esse Princípio foi afrontado, pois a consideração do benefício tributário auferido com a distribuição de juros sobre capital próprio permite assegurar a adequada remuneração dos ativos da concessionária e a adoção simultânea de tarifas menores. Assim, seja porque os meios escolhidos não eram os mais adequados, seja porque a Administração tem o dever de escolher a medida menos gravosa ou mais benéfica para a sociedade, o ato em questão deve ser reavaliado;

h) ademais, o tratamento dado à questão deixa de atender ao Princípio da Razoabilidade, porque a existência do benefício fiscal, usualmente adotado por todas as empresas, que acarreta menor ônus para a concessionária, resultou em tarifas maiores para o usuário. A pouca razoabilidade decorre da consideração de um efeito independentemente de sua causa. Afinal, considerar o pagamento de juros sobre o capital próprio para estipular a estrutura ótima de capital das concessionárias do setor elétrico, considerar que a empresa de referência paga juros sobre o capital próprio e calcular o custo desse capital sem levar em consideração o tratamento tributário decorrente desse benefício não só é inconsistente com a finalidade almejada pela lei, como também produz resultado desarrazoado;

i) a discricionariedade técnica refere-se à liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas ou juridicamente possíveis, não podendo albergar resultados desarrazoados ou não amparados pela lei. Se uma escolha for visivelmente melhor que as demais, essa deve ser a opção da Administração;

j) o único efeito concreto do pagamento de juros sobre o capital próprio foi o aumento do custo de capital médio da empresa de referência, utilizado pela Aneel como taxa de remuneração dos ativos da concessionária, o que resultou em tarifas mais altas para o serviço prestado. Logo, o conteúdo objetivo do ato em exame, as tarifas fixadas, deixaram de observar expressa disposição legal referente à modicidade tarifária. Há, no caso em exame, descompasso entre os pressupostos do ato, a medida adotada, a finalidade almejada e o resultado efetivamente obtido. Conseqüentemente, não é caso de se recomendar, mas de restaurar a legalidade do ato, que não observou os limites inerentes à discricionariedade;

k) não se trata de quantificar o possível benefício da concessionária. Pouco importa se a concessionária distribui ou não lucros, se aproveita ou não os benefícios fiscais que a legislação tributária lhe coloca à disposição. Dentro do quadro adotado, é juridicamente indiferente a opção do concessionário por pagar mais imposto e não usufruir de benefício existente. O que importa, na verdade, é garantir o padrão de eficiência da empresa de referência, que deve adotar as melhores práticas de gestão, sob pena de não imputar ao usuário o ônus por escolhas e investimentos ineficientes por parte do concessionário. Assim é que a Aneel somente admite em seu processo revisional gastos eficientes e investimentos prudentes. As concessionárias podem sempre tomar quaisquer decisões que entenderem adequadas, porém os resultados advindos da ineficiência ou má gestão não são repassados à tarifa. Da mesma forma, os custos mais baixos de uma concessionária mais eficiente do que a empresa modelo revertem em exclusivo benefício da concessionária. Essa é exatamente a essência da metodologia escolhida pela agência reguladora: incentivar a adoção de comportamentos eficientes. A finalidade da intervenção do TCU é justamente manter íntegra a essência do modelo adotado pela Aneel;

l) a metodologia do WACC é absolutamente indiferente ao tratamento tributário cabível aos detentores do capital aplicado na empresa, quer seja ele próprio ou de terceiros. A mensuração do benefício fiscal surge apenas como forma alternativa e razoável de quantificar a diminuição do custo de capital próprio da empresa de

referência, pois a legislação brasileira impõe limites que tornam difícil incluir diretamente esse tratamento tributário na fórmula do WACC. Logo, as considerações sobre impacto tributário em nada contribuem para a solução da controvérsia.

Em suas considerações finais, o Ministro Relator ressaltou que:

a) a discricionariedade técnica das agências e a proclamada autonomia decisória dessas entidades não facultam à administração agir de modo incoerente, ilógico, desarrazoado. Ao contrário, tais faculdades são concebidas pela lei como instrumentos para permitir ao agente público a escolha da conduta mais apropriada à consecução dos fins contidos nas normas vigentes. Vale dizer, a discricionariedade da agência não a autoriza a criar metodologias aleatórias ou sem embasamento teórico mínimo, em especial quando em desacordo com as metodologias tecnicamente consideradas adequadas. A regulação não é um jogo de adivinhação, de subjetividade sem limite, de escolhas aleatórias ou sem justificação. Ao contrário, a regulação se faz com o melhor uso do conhecimento técnico disponível empregado na orientação do comportamento das entidades reguladas como forma de melhor assegurar o interesse público. Afinal, não seria necessário um organismo detentor de especialidade técnica se a técnica não fosse empregada;

b) não vislumbro interesse público algum em deixar de apontar decisões equivocadas, sem sustentação técnica e contrárias ao espírito da lei. Não acredito que a omissão do TCU contribuirá para o melhor desempenho das instituições regulatórias e para o desenvolvimento do País;

c) a atuação das agências reguladoras e dos órgãos de controle é complementar, porém distinta. Via de regra, o TCU atua como órgão de superposição, exercendo o controle *a posteriori*, após a prática do ato administrativo, e examinando a legalidade, a legitimidade e a economicidade, sem possibilidade de determinar-lhe o mérito, seara típica do administrador. Neste caso concreto, a ação do TCU não substitui a autoridade administrativa, mas representação a consecução da missão de controle que lhe é constitucionalmente reservada pela Constituição. O acórdão embargado não estabeleceu a metodologia de cálculo para a revisão tarifária (competência discricionária da Aneel), não escolheu nem fixou o índice de reposicionamento tarifário que eventualmente tivesse apurado como correto nem obrigou o regulador a promover extemporânea alteração de tarifas. Limitou-se a determinar a adoção de providências para apurar os efeitos de impropriedade, consistente na ausência de consideração do pagamento de juros sobre o capital próprio, com o objetivo de assegurar os princípios da legalidade e da modicidade tarifária. Não houve determinação para que a Aneel modificasse as tarifas fixadas em resolução, mas que refizesse os cálculos, considerando particularidades da nossa legislação tributária que, nos quadros do modelo adotado, deveriam ter sido necessariamente consideradas;

d) por ocasião da apreciação do acórdão embargado, não houve proposição de prazo para o cumprimento da deliberação, justamente para que a agência pudesse concluir os estudos em elaboração. Concluídos estes, cabe à Aneel apurar o índice de reposicionamento correto e definir as formas de corrigir ou compensar desvios, por exemplo, limitando futuros reajustes, para compensar valores pagos a maior. A deliberação aprovada pelo TCU deixou ao critério da agência a forma de correção dos índices, o que preserva plenamente as competências legais atribuídas à Aneel, cuja particular esfera de regulação se pretende sempre respeitar.

Com espeque nessas considerações, o Ministro Walton Alencar Rodrigues manifestou-se pelo não acolhimento destes embargos e pela manutenção do Acórdão recorrido.

5.1.3 Manifestação do Ministro Benjamin Zymler (Revisor do Feito)

Após destacar sua discordância parcial com o Relator, o Ministro Benjamin Zymler ressaltou que:

a) a questão ora posta é relevante por vários motivos. Além da manifesta materialidade e do inegável interesse social que ela envolve, deve ser sopesada a necessidade da fixação de marcos legais e jurisprudenciais adequados e estáveis para o modelo de concessões de serviços públicos. Nesse sentido, será conferido maior relevo à estabilidade das regras relativas à concessão de serviços e às conseqüências da segurança jurídica que deriva dessa estabilidade. Tendo em vista ser relevante o impacto das decisões proferidas pelo TCU sobre a estabilidade dessas regras, cumpre analisar a competência dessa Corte para expedir determinações relativas às atividades finalísticas das agências reguladoras;

b) não há dúvida quanto à competência do TCU no que concerne à atuação da área-meio dessas entidades. Assim, não está em questão, por exemplo, a possibilidade de este Tribunal determinar a adoção de um procedimento referente a uma licitação para a aquisição de bens de consumo ou à concessão de uma determinada vantagem salarial aos servidores desses entes reguladores;

c) essa análise deve considerar que o advento dos entes reguladores integrou um novo arranjo político-institucional, decorrente de uma reforma do Aparelho do Estado Brasileiro que buscou redimensionar o papel da Administração Pública na prestação de serviços públicos. Naquela época, o Estado diminuiu sua função de prestador direto desses serviços na mesma proporção em que incrementou sua função regulatória. Por via de conseqüência, as agências reguladoras foram dotadas de maior autonomia financeira, administrativa e patrimonial em relação aos demais órgãos e entidades públicas;

d) com esse desiderato, foi redefinido o conceito de concessão de serviços públicos, na forma prescrita pelo art. 175 da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

e) em atendimento ao disposto no parágrafo único do artigo 175 de nossa Carta Magna, acima transcrito, foi promulgada a Lei nº 8.987/1995, a qual dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e deu outras providências. Esses comandos incorporaram, sem dúvida, aspectos da lógica da agenda econômica internacional imposta a praticamente todos os países nas últimas décadas do século passado. A concretização da nova concepção de concessão de serviços públicos deu-se mediante a adoção de medidas que compreenderam a quebra de monopólios estatais, a venda de ações de empresas estatais concessionárias de serviço público ao setor privado e a realização de novas outorgas de serviços públicos a particulares;

f) por meio da outorga da execução dos serviços públicos, o Estado visou garantir a prestação de serviços adequados, consoante se depreende da leitura do *caput* e do parágrafo único do art. 6º da Lei nº 8.987/1995, *verbis*:

“Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

g) adicionalmente, foi devidamente sopesada a possibilidade de a iniciativa privada aportar os recursos indispensáveis à expansão ou, até mesmo, à universalização desses serviços, num período histórico em que o Poder Público não tinha mais condições de investir o volume necessário de recursos. Visando atingir tais objetivos, o Estado passou a regulamentar e a fiscalizar a prestação dos serviços públicos, diretamente, mediante um de seus órgãos, ou de forma descentralizada, por meio das agências reguladoras;

h) em conformidade com essa nova concepção de Estado, o controle externo ganhou preeminência. Em primeiro lugar, porque, além do exame da legalidade, os órgãos controladores devem verificar a eficiência e a economicidade da atuação das agências reguladoras. Esse poder-dever deflui das competências constitucionais da Corte de Contas Federal, especialmente daquela que autoriza a realização de auditorias operacionais. Aduz-se que diversas leis também consagram essa competência do TCU, como, por exemplo, a Lei nº 9.427/1996, que criou a Aneel¹⁰⁶. Em segundo lugar, porque a emissão pelo TCU de pareceres técnicos bem fundamentados pode ajudar a esclarecer muitas questões controvertidas relativas à regulação. Dessa forma, uma atuação eficaz e tempestiva da Corte de Contas diminuirá a quantidade e a complexidade das contendas que, como último recurso, serão encaminhadas ao Poder Judiciário. Em terceiro lugar, porque a consagração do Princípio da Eficiência como um dos Princípios fundamentais da Administração Pública, em conformidade com a nova redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19 ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal, gerou novos deveres para o administrador público e, conseqüentemente, para o controle. Se, anteriormente, a atenção dos agentes públicos devia estar voltada para a legalidade dos atos administrativos, hoje, tanto o gestor quanto o auditor devem dedicar-se à análise concomitante da legalidade e da eficiência. Donde se conclui que, independentemente da natureza jurídica da entidade pública que pratique um determinado ato, ele pode e deve ser apreciado sob os dois aspectos retromencionados. Em quarto lugar, porque o TCU deve exercer o controle das agências reguladoras tanto sob o enfoque liberal (concernente à fiscalização da legalidade) quanto sob o enfoque gerencial (concernente ao incremento da eficiência da Administração Pública). Assim sendo, o Tribunal não só pode como deve atuar visando dotar as ações das agências da maior eficiência possível;

i) finalmente, deve-se considerar que a atuação do Tribunal de Contas da União, analisando detalhadamente os atos praticados pelas agências e divulgando o resultado de seus trabalhos, facilita sobremaneira o exercício do controle social. Afinal, os usuários dos serviços públicos não dispõem de assessoria profissionalizada para fazer frente aos interesses dos grupos mais organizados. Cabe destacar que um dos desafios das democracias modernas é a construção de um modelo de governo baseado no controle exercido pela sociedade civil sobre os detentores do poder político. Aliás, nesse

¹⁰⁶ O art. 7º da Lei nº 9.427/1996 estatuiu que:

“Art. 7º A administração da Aneel será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional.”

sentido, nossa Lei Maior previu a participação do usuário na Administração Pública direta e indireta;

j) restou patente que o TCU possui competência para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras. Entretanto, cumpre analisar a forma como o Tribunal deve atuar e os limites dessa atuação. O TCU deve atuar de forma complementar à ação das entidades reguladoras no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos. Afinal, o fato de o Poder Concedente deter competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias não impede a atuação cooperativa e suplementar do TCU, que pode, assim, fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados. Por outro lado, a Corte de Contas não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição Federal. Nesse sentido, cumpre reiterar que a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório. Logo, essa fiscalização não deve versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado;

k) em várias ocasiões, o Tribunal exerceu funções típicas de ente regulador. Essa atuação, que pode ser considerada indevida, foi necessária quando as agências reguladoras, por se encontrarem em sua fase inicial de implantação, ainda não dispunham das condições necessárias para exercer plenamente as respectivas competências. Ocorre que essa fase está se encerrando, pois a maior parte das entidades reguladoras está se estruturando, inclusive no que concerne à formação de seus quadros de pessoal. Aduzo que, se esta Corte de Contas invadir o âmbito de competência discricionária das agências reguladoras, ainda que movida pela busca do interesse público, o TCU contribuirá para o incremento da “incerteza jurisdicional”, que gera o receio de que os contratos não serão cumpridos na forma em que foram celebrados, implicando o incremento do custo indireto de transação dos investimentos internacionais e a conseqüente necessidade de manutenção de elevadas taxas de juros. Assim sendo, daqui por diante, o TCU deve procurar restringir sua atuação de forma a adequá-la aos parâmetros constitucionais e legais;

l) ademais, a atuação da Corte de Contas na área sob comento deve ser sempre pautada pela busca da excelência técnica, a qual conferirá ao Tribunal legitimidade junto às agências, aos concessionários e à sociedade civil em geral. Aduze-se que esta Corte pode contribuir significativamente para a disseminação de boas práticas de regulação;

m) o TCU não pode assumir a condição de defensor dos interesses de quaisquer dos grupos em disputa, mas deve atuar em defesa da estabilidade das regras, do cumprimento dos contratos e da eficiência do jogo regulatório. Afinal, as agências reguladoras devem, simultaneamente, zelar pela fixação de tarifas módicas (o que corresponde a preservar os interesses imediatos dos usuários) e pela manutenção de uma remuneração apropriada para o capital investido (o que equivale a proteger os interesses dos concessionários). Reitere-se que, em consonância com o disposto no art. 6º da Lei nº 8.987/1995, anteriormente transcrito, os entes reguladores devem atuar visando à prestação de serviços públicos adequados. A preocupação exclusiva com a preservação da modicidade tarifária pode acarretar uma situação fática em que seja inviável para o concessionário prestar serviços efetivamente adequados, o que ensejaria a frustração do interesse público perseguido por meio da concessão;

n) finalmente, cabe ressaltar que, no exercício do controle externo das concessões de serviços públicos, o TCU se defronta com dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo, o Tribunal pode determinar a esses

entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas. Por outro lado, quando se tratar de atos discricionários, a Corte de Contas, via de regra, pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por ela mais adequadas. Afinal, nessa última hipótese, a lei conferiu ao administrador uma margem de liberdade que não pode ser eliminada pelo TCU. Contudo, se o ato discricionário sob enfoque contiver vício de ilegalidade ou se tiver sido praticado por autoridade incompetente, se não tiver sido observada a forma devida, se o motivo determinante e declarado de sua prática não existir ou, ainda, se estiver configurado desvio de finalidade, a Corte de Contas será competente para avaliá-lo e determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão. Assim sendo, será sempre necessária uma análise caso a caso para determinar a existência de um desses vícios ensejadores da ação corretiva do TCU;

o) caso não seja necessária a adoção dessas medidas corretivas, compete ao Tribunal recomendar a implementação das providências consideradas oportunas e convenientes visando tornar mais eficiente a atuação finalística e discricionária das agências reguladoras. Assim, o produto final das auditorias realizadas nessas atividades será um conjunto de propostas e recomendações, cuja implementação propiciará uma maior qualidade na prestação de serviços públicos;

p) analisados os fundamentos e os limites da competência do TCU para fiscalizar a atuação das agências reguladoras, cabe tecer breves considerações sobre a questão tarifária, visando subsidiar a manifestação sobre o caso ora sob comento. Antes da implementação do novo modelo de prestação de serviços públicos, as tarifas praticadas pelas estatais concessionárias não condiziam com a realidade dos custos dos serviços. Naquela época, os níveis tarifários eram definidos com base em critérios políticos, não econômicos, o que acarretou a fixação de tarifas denominadas “demagógicas”. Esse fato impôs às empresas estatais sérios déficits operacionais, os quais ensejaram o aporte de recursos públicos vultosos. A partir da deflagração do movimento de desestatização, tornou-se imperioso adotar uma política tarifária capaz de evitar esses problemas de desequilíbrio econômico-financeiro. Consciente desse problema, o constituinte de 1988 previu a adoção de uma política tarifária para as concessões. O art. 175, parágrafo único, inciso III, de nossa Lei Maior remeteu à lei o disciplinamento dessa questão, a qual deveria inibir a fixação de tarifas incompatíveis com os custos e com a remuneração usual de mercado;

q) outra questão relevante é a relativa à segurança jurídica dos investidores. Sopesado o fato de que as decisões de investimento privado seguem a lógica do mercado, fica patente que a tomada dessas decisões é significativamente influenciada pelas garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Visando fornecer essas garantias, a Lei Geral de Concessões, apesar de não ter definido uma política tarifária detalhada, traçou diretrizes a serem observadas em todas as concessões de serviços públicos, conferindo destaque à possibilidade de realização de revisões tarifárias ordinárias e extraordinárias, as quais devem preservar esse equilíbrio. Por oportuno, saliento que, quando dessas revisões, as tarifas podem ser aumentadas ou diminuídas ou podem ser adotadas medidas de compensação que possibilitem a manutenção do valor dessas tarifas. Além disso, deve-se ter em mente que essas revisões pretendem eliminar eventuais distorções causadas pela simples aplicação de reajustes automáticos e periódicos vinculados a índices de inflação. Afinal, esses reajustes não levam em conta a evolução tecnológica dos meios utilizados para a prestação dos serviços, os ganhos de eficiência obtidos pelos concessionários, os possíveis eventos econômicos relevantes, as mudanças experimentadas pelo poder

aquisitivo dos usuários e as taxas de inadimplência, que podem atingir valores significativos;

r) os processos de revisão tarifária envolvem questões de ordem legal e questões discricionárias, devendo essas últimas ser resolvidas pelas agências reguladoras, de forma autônoma, no exercício de sua discricionariedade técnica. Claro está que não se deve confundir atuação discricionária com a prática de atos arbitrários, pois os entes reguladores estão adstritos à busca da prestação de um serviço público adequado. Por via de consequência, incumbe às agências reguladoras compor os interesses envolvidos na concessão, visando satisfazê-los de forma equilibrada. Para viabilizar o cumprimento dessa incumbência, os entes reguladores foram dotados de determinados níveis de autonomia e de discricionariedade, os quais, nos processos de revisão tarifária, adquirem especial importância. Afinal, ao dirigir o processo de revisão tarifária, que envolve significativos interesses econômicos, políticos e sociais, a agência reguladora precisa dispor de autonomia de ação, sob pena de não ser capaz de impedir a fixação de tarifas abusivas, de um lado, ou demagógicas, de outro. Da mesma forma, o seu âmbito de discricionariedade deve ser amplo o suficiente para permitir a adoção das soluções tecnicamente adequadas a cada caso concreto;

s) com esboço no acima exposto, conclui-se ser vital para a sobrevivência do modelo de concessões de serviços públicos implantado no Brasil que as agências reguladoras, ao dirigirem os processos de revisão tarifária, tenham o seu âmbito de discricionariedade rigorosamente respeitado. Aduzo que, caso esta Corte de Contas invada esse âmbito, o TCU poderá contribuir para o agravamento da "incerteza jurisdicional", pois poderá ser indevidamente incrementado o custo indireto de transação associado às incertezas regulatórias. Aliás, consoante pesquisas realizadas pela Câmara de Gestão de Energia Elétrica, a incerteza regulatória vem sendo computada no cálculo da taxa de desconto utilizada pelo investidor para estimar o valor da tarifa que deverá ser cobrado dos consumidores. Ademais, levada ao limite, a multiplicidade de controles e interpretações sobre assuntos relacionados à regulação de um serviço público pode ensejar o recuo dos investidores privados, colocando em perigo a sobrevivência do modelo atual de agências/concessões. Afinal, nessa hipótese, os agentes econômicos envolvidos poderiam optar por apresentar seus pleitos e defender seus interesses diretamente junto ao Tribunal de Contas da União, relegando a agência reguladora a um segundo plano;

t) nada obstante, o fato de o TCU não dever pautar sua ação controladora pela busca exclusiva da modicidade tarifária não impede que o Tribunal recomende às agências a adoção de medidas, especialmente durante a fase de concepção das concessões, visando compatibilizar os encargos das concessionárias de serviço público com a real capacidade econômica dos usuários. Até porque a celebração de um contrato de concessão cujo planejamento negligenciou variáveis essenciais, como o real poder aquisitivo dos usuários dos serviços públicos, inevitavelmente acarretará sucessivos problemas de custeio durante toda a sua execução. Entretanto, nem sempre é possível adequar os investimentos necessários para a prestação de um serviço público à capacidade econômica da população a que se destinam esses serviços. Nessas hipóteses, não se pode impingir às concessionárias uma tarifa demagógica. Caso contrário, haverá o fracasso do empreendimento e o conseqüente não atendimento do interesse público. A solução para esse impasse está na busca de mecanismos capazes de viabilizar a fixação da denominada "tarifa social". Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a exploração de atividades econômicas que proporcionem receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, a diferenciação tarifária em função de distintos segmentos de usuários, a prorrogação do prazo da concessão, a

concessão de benefícios tarifários à custa de recursos especificados em lei e a revisão da estrutura tarifária da concessionária.

Delineados os fundamentos de sua manifestação, o Ministro Revisor passou a abordar diretamente o pleito do embargante, nos seguintes termos:

a) o Acórdão vergastado padece de obscuridade, logo, este recurso preencheu os requisitos legais. Assim sendo, devem ser conhecidos. Quanto ao mérito, cumpre esclarecer que os presentes embargos versam, precipuamente, sobre o cômputo no cálculo do índice de revisão tarifária da utilização do benefício fiscal previsto na Lei de Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas (Lei nº 9.249/1995), o qual advém do pagamento aos acionistas da Light de juros sobre o capital próprio. O índice de revisão fixado pela Aneel corresponde à diferença percentual existente entre as receitas projetada e verificada. A receita projetada é composta por duas parcelas, denominadas A e B, a primeira das quais refere-se aos custos sobre os quais a concessionária não tem influência e que repercutem direta e integralmente na tarifa (custos não gerenciáveis). Já a Parcela B refere-se aos custos de operação, à remuneração dos investimentos e aos tributos (custos gerenciáveis), que não repercutem totalmente no valor da tarifa, pois são regulados pela Aneel, que, adotando o modelo de empresa referência, estabelece os custos operacionais reconhecidos como eficientes e a remuneração adequada para os investimentos prudentes, voltados exclusivamente à prestação dos serviços de distribuição de energia elétrica. Ora se discute a inclusão dos efeitos do pagamento de juros sobre o capital próprio na composição da Parcela B;

b) a carga fiscal relacionada à prestação do serviço concedido deve ser considerada na definição inicial do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, tendo em vista que ela é um custo relevante. Alterações posteriores da carga tributária também devem ser consideradas nas revisões tarifárias, consoante dispõe a Lei nº 8.987/1995. A possibilidade de opção pelo benefício fiscal consistente no pagamento de juros sobre o capital próprio passou a integrar a legislação referente ao imposto sobre a renda de pessoas jurídicas a partir do advento da Lei nº 9.249/1995. Referido benefício fiscal permitiu que as empresas passassem a remunerar os recursos investidos por seus sócios de modo análogo ao que já vinham utilizando em relação ao capital de terceiros. Tendo em vista que os juros pagos são abatidos da base de cálculo dos tributos incidentes sobre o lucro das empresas, as sociedades empresariais que optaram pela utilização desse benefício passaram a pagar menos imposto de renda. Cumpre salientar que os sócios dessas empresas deverão pagar imposto de renda com base nos juros recebidos. Entretanto, considerando a diferença de alíquota existente entre esse imposto e aquele que é cobrado das empresas, essa forma de distribuição de resultados possibilita um menor gasto com o imposto de renda;

c) a opção pelo pagamento de juros sobre o capital próprio deve observar certas condições e limitações constantes da Lei nº 9.249/1995. Daí deriva que o pagamento de juros sobre o capital próprio produz efeitos individualizados, por depender da situação da empresa e da situação tributária do beneficiário, que pode ser uma pessoa física, jurídica tributada com base no lucro real ou jurídica tributada com base no lucro arbitrado ou presumido;

d) resta necessário discutir como contabilizar seu impacto na revisão tarifária. O § 3º do artigo 9º da Lei nº 8.987/1995, ao estabelecer que eventuais criações, alterações ou extinções de tributos, excluído o imposto sobre a renda, ou de encargos legais no curso da execução da concessão, quando comprovado seu impacto, implicam a revisão da tarifa, não determinou que os efeitos das referidas alterações fiscais devessem repercutir integralmente no valor da tarifa. Assim sendo, mudanças na carga fiscal podem afetar o valor da tarifa, para mais ou para menos, de acordo com cada

caso, não existindo obrigatoriedade legal de que essas alterações repercutam integral e exclusivamente no valor da tarifa. Diante disso, cabe à Aneel, no exercício de sua discricionariedade técnica, dispor sobre o tratamento regulatório a ser dado a questões que digam respeito a alterações na carga fiscal que tragam impactos comprovados na concessão, mormente nas situações relativas ao imposto sobre a renda, cujas particularidades o distinguem dos demais tributos que afetam a concessão;

e) a agência alegou que:

"A razão do desenvolvimento de estudo específico e aprofundado sobre a compreensão do benefício dentro do contexto da regulação por incentivos se deve à inexistência de parâmetros internacionais que possam ser tomados por paradigma em simulações seguras, e o estudo se volta a identificar a sua compatibilidade com a regulação por incentivos. A complexidade ganha fôlego ao se observar que a ANEEL, ao proceder às revisões tarifárias periódicas, leva em consideração o contrato de concessão de longo prazo, ou seja, normalmente trinta anos, o que impossibilita análise pontual do benefício. A visão ampla e sistêmica de todo o processo de regulação é fundamental para se garantir, de modo efetivo, a modicidade tarifária.

A finalização do estudo que vem sendo desenvolvido se faz imprescindível para a correta avaliação do benefício, de modo que restem completamente preservados os direitos dos consumidores ao serviço adequado pelo preço justo, bem como a adequada remuneração aos prestadores que atuam de forma eficiente e prudente."

f) não por acaso, as questões tributárias foram inseridas na composição da Parcela B das receitas requeridas, que se refere a custos que não têm repercussão direta e integral na tarifa, pois devem passar por um crivo regulatório mais complexo e técnico, justificando uma atuação discricionária da agência, principalmente quando se considera que suas decisões devem ser tomadas dentro de um contexto de regulação por incentivos, como o que vem sendo adotado no setor elétrico brasileiro;

g) o fato de a Aneel ter considerado, inicialmente, a influência do pagamento de juros sobre o capital próprio para a estipulação da estrutura ótima de capital das concessionárias do setor elétrico não implica que os efeitos desse benefício devem ser forçosamente considerados e mantidos na revisão tarifária periódica de forma a favorecer exclusivamente a modicidade tarifária. A uma, porque a Nota Técnica Aneel nº 97/2003 evidenciou que a discricionária foi a definição do método adotado para estipular a estrutura ótima de capital das empresas concessionárias do setor elétrico. A duas, porque o fato de a agência ter admitido a utilização desse benefício não implica que ela esteja adstrita a considerar e computar os respectivos efeitos em proveito exclusivo da modicidade tarifária. Caso contrário, a entidade reguladora estaria obrigada a privilegiar a satisfação de uma das condições que caracterizam o serviço adequado em detrimento das demais. A três, porque uma decisão desse teor adotada compulsoriamente poderia colocar em risco a saúde financeira da concessionária, o que significaria a inobservância do interesse público;

h) tendo em vista a especificidade do tema, é oportuno explicitar esse ponto específico do modelo de revisão tarifária utilizado pela Aneel. Essa agência definiu uma empresa de referência, a qual é adotada como parâmetro para o cálculo do índice das revisões. Um dos atributos dessa empresa é a estrutura de capital considerada ótima, a qual foi estimada pela Aneel com base em dados empíricos coletados junto a empresas de distribuição de energia em cinco países, entre os quais o Brasil. A entidade reguladora estipulou que a empresa de referência possui 50 % de capital próprio e 50 % de capital de terceiros. Assim sendo, caso o impacto do benefício tributário seja considerado no cálculo do índice de revisão tarifária, esses percentuais deverão ser adotados como base de cálculo, independentemente da situação real do capital da

concessionária. Depreende-se que, uma concessionária que atuasse muito alavancada, ou seja, com um percentual pequeno de capital próprio, seria prejudicada pela consideração no cálculo do índice de revisão tarifária do benefício tributário sob comento, pois ela não usufruiria desse benefício, mas teria sua tarifa diminuída em virtude da suposta utilização desse mecanismo tributário;

i) finalmente, deve-se ter em mente que, ao considerar o impacto desse benefício tributário no cálculo do reajuste tarifário, a agência reguladora está induzindo as concessionárias a adotarem uma determinada estrutura de capital que pode não ser sempre a mais eficiente. Pode ser citado como exemplo de situação em que essa estrutura de capital não seja a melhor, o caso de empresas que tenham acesso a recursos de terceiros pagando juros relativamente baixos. Nessa hipótese, tendo em conta o benefício tributário computado no cálculo da revisão tarifária, essas empresas podem tender a atuar com mais parcimônia, evitando ampliar suas atividades com base em alavancagem financeira. Essa opção seria duplamente perniciosa ao interesse público, pois, além de ir de encontro ao Princípio da Eficiência, ela contribui para diminuir a velocidade da necessária expansão do setor elétrico brasileiro. Ademais, deve ser sopesado o fato de que uma entidade encarregada da regulação setorial pode estar se imiscuindo na seara da regulação macro-econômica, o que, a meu sentir, extrapola o escopo de atuação das agências reguladoras.

Com supedâneo nessas considerações, o Ministro Benjamin Zymler apresentou Voto no sentido de que competia à Aneel avaliar a conveniência, a oportunidade e a forma mais adequada de considerar os efeitos do pagamento de juros sobre o capital próprio nos processos de revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica, sempre visando satisfazer simultaneamente e de forma equilibrada todas as condições que caracterizam o serviço público adequado.

5.1.4 Argumentos aportados pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues em função do Voto apresentado pelo Ministro Benjamin Zymler

Após ter ciência do Voto do Ministro Revisor, o Ministro Relator destacou que:

a) não seria razoável a adoção de metodologia que prejudicasse empresa com desempenho superior ao estipulado pelo órgão regulador. Se a metodologia empregada pela Aneel produzisse efeitos tão nefastos, tão contrários à lei e ao interesse público, não teria dúvidas em reputá-la como ilegal e sustar sua utilização, por absoluta incompatibilidade com as finalidades legais;

b) ocorre que tanto no caso da empresa mais alavancada ou que conte com recursos de terceiros em condições mais favoráveis, as entidades seriam beneficiadas pela metodologia escolhida e não o contrário. Afinal, o custo de capital médio dessas empresas seria necessariamente menor, seja pela maior utilização de capital de terceiros, seja pelo menor custo desse capital. Se assim não fosse, essas empresas seriam, em verdade, menos eficientes. Não obstante serem mais eficientes e contarem com menor custo de capital, suas tarifas serão calculadas de acordo com o custo médio da empresa de referência - superior ao seu custo verdadeiro - o que lhes permite auferir plenamente os ganhos decorrentes de sua vantagem competitiva. Empresas mais eficientes do que a empresa de referência são beneficiadas em razão de seus próprios méritos. Empresas menos eficientes terão todo o incentivo para melhorar o seu desempenho, com o objetivo de evitar prejuízos decorrentes de sua própria ineficiência;

c) as empresas possuem liberdade para escolher a sua estrutura de capital e o seu financiamento. Uma concessionária pode adotar outra estrutura de capital e ser mais eficiente que a empresa de referência, em especial quando puder obter empréstimos a

custos mais baixos. A metodologia empregada tão somente estabelece uma empresa modelo, com a qual as concessionárias devem “concorrer” - exatamente como afirmou a Aneel em sua Nota Técnica nº 30/2003, o que cria incentivos para que tais empresas sejam efetivamente mais eficientes e consigam usufruir dos benefícios decorrentes dessa superioridade. Essa é a essência da regulação por incentivos: permitir às empresas auferir os ganhos decorrentes de uma melhora em sua eficiência e, posteriormente, compartilhar tais ganhos com os usuários;

d) as empresas reguladas podem e devem auferir os ganhos decorrentes de sua eficiência, sem o que não haveria razão para aumentarem seu desempenho. A regulação por incentivos visa à promoção de comportamentos eficientes. Depreende-se, portanto, que a metodologia idealizada pela Aneel - se adequadamente implementada - promove os benefícios esperados por esse tipo de regulação;

e) o correto cálculo do custo de capital próprio da empresa de referência em nada afeta ou prejudica a continuidade, a regularidade, a eficiência, a segurança, a atualidade ou a generalidade do serviço público. Seu único efeito é assegurar o princípio da modicidade tarifária que, apenas nesta questão, deixou de ser observado. A metodologia adotada pela Aneel, se corretamente empregada, deveria resultar na simultânea satisfação de todas as condições caracterizadoras do serviço adequado;

f) nada oferece riscos a saúde financeira das concessionárias, a não ser que venham a ter gerência tão desastrosa que não lhes seja possível recuperar o capital investido. Evidentemente que não atenderia o interesse público a continuidade da prestação de serviços por concessionária que apresente tão temerária gestão. A eficiência há de ser um dos requisitos da prestação adequada de serviços públicos;

g) não há, na espécie, qualquer fixação obsessiva ou temerária com a modicidade tarifária. Não se pauta o TCU pela busca da modicidade tarifária ou pela defesa do usuário. Cabe ao Tribunal tão somente assegurar a legalidade dos atos praticados pela agência reguladora. No caso, restaurar o nexos causal entre as razões e escolhas discricionárias realizadas pela Aneel e a sua correta implementação técnica. Ou seja, importa ao TCU tão apenas a apuração metodologicamente correta do custo de capital da empresa de referência. Não se trata de apurar benefício visando “exclusivamente” à modicidade tarifária. Ao contrário, o cálculo metodologicamente inadequado da remuneração das entidades é que se faz atentatório ao princípio das tarifas módicas e, assim, contrário à finalidade legal;

h) a determinação exarada pelo TCU corrige erro material cometido pela Agência na definição do custo médio ponderado do capital da empresa de referência. Erro esse decorrente da aplicação do WACC sem atentar para as peculiaridades que informam o custo de capital das empresas do setor regulado que fazem uso do tratamento tributário mencionado;

i) não se pode admitir que a agência escolha arbitrariamente, sem justificativas plausíveis, como apurar esse custo. Não lhe cabe inventar metodologia sem comprovar sua razoabilidade e, muito menos, deixar de aplicar corretamente a metodologia existente. A discricionariedade não alberga a escolha sem base em critérios técnicos. Se assim fosse possível, estaria aberto o caminho para a simples arbitrariedade da agência, que não precisaria apresentar justificativas técnicas para suas decisões;

j) a proliferação de entidades reguladoras independentes ocorreu como resposta histórica à necessidade de proteção contra o excessivo arbítrio e oportunismo dos governos. A evolução dessas entidades traz consigo o controle, para restringir comportamentos arbitrários e caprichosos por parte do regulador, como este que se pretende corrigir. Assim, ao menos nos países de maior tradição em regulação, tem-se buscado controle cada vez maior sobre as agências reguladoras;

k) a literatura não aponta como causa de instabilidade regulatória a possibilidade de decisões serem revistas por mais de uma instância. Ao contrário, essa é a regra que assegura a estabilidade ao modelo, permitindo a correção de atos ilegítimos, abusos ou outros desvios. Logo, a atuação do TCU, coibindo comportamentos arbitrários e injustificáveis por parte do regulador, contribui para o correto funcionamento das instituições regulatórias. Ao invés de atentar contra o modelo, essa atuação assegura-lhe o adequado funcionamento, impedindo, na medida do possível, dentro de sua competência de fiscalização operacional, o abuso, o arbítrio e o erro;

l) a Aneel escolheu, como remuneração apropriada, o custo de capital médio ponderado da empresa de referência. No entanto, não o calculou adequadamente. Permitiu, por erro, uma remuneração maior do que a que afirmou ser adequada. O conteúdo objetivo do ato de fixação de tarifas não está de acordo com a vontade declarada anteriormente pela agência. Permitiu-se, assim, remuneração excessiva e tarifas maiores. A correção, pela Aneel, de seu erro não traz ameaça ou instabilidade pois, pelas razões apresentadas pelo próprio órgão regulador em suas notas técnicas, a remuneração é tecnicamente adequada.

5.1.5 Posicionamento do TCU

Por maioria, o Plenário do TCU acolheu a posição do Ministro Benjamin Zymler e, por meio do Acórdão nº 1.757/2004, substituiu as determinações contidas no Acórdão nº 556/2004, então embargado, por recomendação à Aneel no sentido de que, *“no estudo específico que aquela agência vem conduzindo no contexto do processo de revisão tarifária periódica, avalie a oportunidade, a conveniência e a forma mais adequada de consideração dos efeitos do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio, na forma prevista na Lei nº 9.249/1995.”*

5.2 O caso da concessão para prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica - Acórdão nº 649/2005 – Plenário (Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) e Acórdão nº 453/2007 – Plenário (Relator Ministro Augusto Nardes):

“EMENTA: Acompanhamento de outorga de concessão para prestação de serviço público de transmissão de energia elétrica. Exame dos 1º, 2º e 3º estágios de licitação nos termos da IN/TCU 27/98. Ausência de motivação adequada para justificar diversos critérios e valores empregados na definição da receita máxima admitida no edital de licitação. Imprescindibilidade da motivação técnica na definição de critérios e valores técnicos. Apuração incorreta da variação do IGP-M. Erros no preenchimento de planilhas. Inconsistências no cálculo da depreciação dos investimentos. Reserva Global de Reversão calculada sem observar a limitação legal. Outras impropriedades. Impacto das falhas mitigado por deságios ocorridos nos leilões. Regularidade com ressalvas do 1º Estágio. Ausência de mecanismos de apropriação de ganhos de eficiência contrariando o disposto no inciso IV, art. 14, da Lei 9.427/96. Ausência de mecanismos adequados à manutenção de equilíbrio econômico-financeiro e ao funcionamento adequado do regime de regulação por preços máximos estabelecido no art. 15 da Lei 9.427/96. Determinações. Comunicações.”

5.2.1 Breve histórico

O processo tratou de acompanhamento de licitação de concessões para prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica, incluindo a construção, a operação e a manutenção de instalações de transmissão de energia elétrica integradas à

Rede Básica do Sistema Interligado Nacional, referente ao Edital de Leilão 001/2004 – Aneel (TC-006.226/2004-8).

A unidade técnica, após análise da documentação e das justificativas apresentadas pela Aneel, apontou as seguintes impropriedades:

a) ausência de metodologia e de detalhamento dos cálculos que justificassem os coeficientes de ponderação de variação do dólar americano e do IGP-M utilizados pela Aneel para atualizar os custos modulares de referência da ELETROBRÁS na definição dos investimentos a serem realizados;

b) erro no cálculo da variação do IGP-M utilizado pela ANEEL na planilha de investimento dos lotes;

c) incorreções no que se refere ao valor e ao percentual de desembolso no cálculo da receita máxima anual permitida para os Lotes A e J;

d) ausência, na planilha de investimento relativa ao Lote A, de adição do valor da depreciação da conexão de reatores às barras da subestação intermediária, no valor de R\$ 19.019.445,00, referente a abril de 2004;

e) inconsistência entre as taxas de depreciação fixadas pela Resolução Aneel n.º 44, de 17 de março de 1999 e as adotadas no cálculo do montante do investimento dos lotes licitados;

f) incorreção, na planilha referente ao Lote K, do montante referente à Reserva Global de Reversão, apurado até o ano de 2034, muito embora o art. 18 da Lei n.º 10.438, de 26 de abril de 2002, a RGE será extinta ao final do exercício de 2010;

g) ausência de justificativas para a estrutura de capital adotada (40% para capital próprio e 60% para capital de terceiros);

h) ausência de justificativas para a utilização da taxa de 10,99% para remunerar o capital próprio e de 12,60% para remunerar o capital de terceiros;

i) descasamento entre os índices utilizados para definir e reajustar a receita da transmissora (IGP-M) e o índice utilizado para deflacionar o custo de capital de terceiros (IPCA), o que pode provocar distorções nas condições de equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuadas;

j) ausência de regulamentação a respeito dos ganhos decorrentes de receitas acessórias; e

k) ausência de revisão tarifária periódica das tarifas de transmissão de energia elétrica.

Em sua proposta de encaminhamento final, a unidade técnica propõe uma série de determinações para sanar as impropriedades encontradas e, ainda, com vista à inclusão de cláusula contratual prevendo mecanismo de revisão tarifária periódica nas futuras licitações do serviço;

5.2.2 O voto do Relator

No voto condutor do Acórdão 649/2005 – Plenário, o Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, ressaltou ser grave o fato de a agência insistir em não justificar os diversos critérios empregados em seus atos, o que impede a apuração de eventuais impropriedades. Afirmou ser imprescindível que escolhas e critérios técnicos sejam sempre acompanhados de justificação explícita, clara e congruente, nos termos exigidos pela Lei 9.784/99 (art. 50 e respectivos incisos e parágrafos).

5.2.3 Os ganhos de eficiência empresarial (art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/96)

O Relator destacou a inobservância, pela Aneel, dos dispositivos legais concernentes ao regime econômico e financeiro das concessões de serviços públicos de

energia elétrica, uma vez que as minutas de contrato que acompanham o edital não permitiam apropriação, compartilhamento ou repasse dos ganhos de eficiência empresarial, em clara afronta ao comando legal inserido no art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/96.

De fato, seria inerente ao regime econômico e financeiro das concessões de serviços públicos de energia elétrica, a devida apropriação de ganhos de produtividade, conforme dispõem os artigos 14 e 15, da Lei 9.427/96:

“Art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:

I - a contraprestação pela execução do serviço, paga pelo consumidor final com tarifas baseadas no serviço pelo preço, nos termos da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

[...]

IV - apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade;

[...]

Art. 15. Entende-se por serviço pelo preço o regime econômico-financeiro mediante o qual as tarifas máximas do serviço público de energia elétrica são fixadas:

I - no contrato de concessão ou permissão resultante de licitação pública, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

[...]

IV - em ato específico da ANEEL, que autorize a aplicação de novos valores, resultantes de revisão ou de reajuste, nas condições do respectivo contrato.”

Não obstante, os contratos de concessão examinados não permitiam a apropriação de ganhos de eficiência que, nos termos da lei, é inerente ao regime econômico-financeiro dessas concessões.

Ressalte-se que a Aneel fez constar desses contratos ser obrigação da concessionária a redução de custos para permitir diminuição de tarifas por ocasião dos reajustes e revisões, conforme se observa na Primeira Subcláusula da Cláusula Terceira dos contratos:

“Primeira Subcláusula - A TRANSMISSORA, na prestação do serviço, compromete-se a empregar materiais, equipamentos de qualidade e a manter instalações e métodos operativos adequados que garantam bons níveis de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, cortesia, modicidade das tarifas, integração social e preservação do meio ambiente, que para maior clareza ficam conceituados a seguir:

[...]

II - eficiência - caracterizada pela consecução e preservação dos parâmetros constantes deste CONTRATO com o mínimo custo e pelo estrito atendimento do usuário do serviço nos prazos previstos na regulamentação específica;

[...]

VI - modicidade das tarifas: caracterizada pelo esforço permanente da TRANSMISSORA em reduzir os custos, criando condições para a redução das tarifas quando dos reajustes e revisões.”

Contudo, ao longo de todo o contrato, em especial na parte que disciplina a realização de reajustes e revisões tarifárias, a agência não prevê qualquer mecanismo que possibilite transferir essa redução de custos à tarifa. Os contratos de concessão prevêem possibilidade de revisão apenas para considerar alterações de tributos ou encargos legais (Cláusula Sexta, Oitava Subcláusula), para permitir à concessionária

novos recursos destinados à execução de reforços e ampliações das instalações de transmissão (Cláusula Sexta, Nona Subcláusula), para corrigir desequilíbrio decorrente de alteração unilateral do contrato (Cláusula Sexta, Décima Terceira Subcláusula) e quando houver a percepção de receitas acessórias (Cláusula Sexta, Décima Subcláusula).

Verificou-se, portanto, o descumprimento de dispositivo legal explícito, pois a agência não poderia afastar do regime econômico financeiro a ser estabelecido nessas concessões a apropriação dos ganhos de eficiência previsto em lei. Em se tratando de ilegalidade manifesta, cabia ao TCU determinar a correção da irregularidade encontrada.

5.2.4 A revisão tarifária periódica

Muito embora a Sefid tenha afirmado ser irregular a ausência de revisão tarifária periódica, o Relator não acolheu a manifestação da unidade técnica.

De fato, o Ministro Walton Rodrigues foi enfático ao afirmar que a unidade técnica sugeriu a realização de determinação por **entender** que “a revisão tarifária periódica das tarifas de transmissão de energia elétrica é imprescindível para manter as condições de equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuadas no contrato de concessão do serviço público de transmissão de energia elétrica”.

Contudo, o Relator observou que não havia, no relatório, qualquer justificativa para essa conclusão. Nesse sentido, afirmou, *in verbis*:

“(...) Não está claro se a revisão periódica é imprescindível em decorrência da lei, do sistema regulatório, ou se é apenas opção que a unidade técnica entende ser mais apropriada.

Ressalto, mais uma vez, os limites constitucionais da atuação do TCU, em confronto com as competências legalmente atribuídas às agências reguladoras.

Ao proceder à fiscalização das atividades fins das agências reguladoras, o Tribunal não pode substituir-se aos órgãos que controla. Não pode estabelecer o conteúdo do ato regulatório que vai ser editado pelo órgão competente, nem impor a adoção das medidas adequadas, salvo quando verificadas considerações de legalidade ou a omissão da autarquia em dar fiel cumprimento à lei, conforme diversos precedentes (Acórdãos 1.703/2004, 1.926/2004, 2.022/2004 e 2.067/2004, todos do Plenário)”.

Em seguida, o Relator descreveu com detalhes o modelo tarifário adotado pela legislação em vigor e, à luz das razões expostas, concluiu que a realização de revisões tarifárias em datas determinadas era essencial para que a regulação de preços máximos produzisse os incentivos e os efeitos desejados (redução de custos, compartilhamento de ganhos de produtividade e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato).

Ressaltou, ainda, que a falta de revisões ordinárias em contratos de 30 anos afigurava-se temerária, mormente por não ter sido identificada, no processo, nenhuma justificativa para essa escolha regulatória.

Reiterou, mais uma vez, a necessidade de a agência, ao fazer uso de suas faculdades discricionárias, atentar para a inafastável fundamentação técnica que evidencie a razoabilidade de sua escolha, única forma de situá-la dentro dos limites impostos à discricionariedade administrativa.

Justamente por se tratar de uma escolha regulatória, o Relator optou por buscar junto à Aneel a justificativa para a inexistência de revisões ordinárias nas

concessões de linhas de transmissão, conforme se depreende no seguinte trecho do voto proferido:

“Pode-se cogitar que a agência tenha optado por esse modelo por razões não trazidas aos autos. Assim, por prudência, tenho como mais apropriado buscar junto à Aneel as razões para a não inclusão, nos contratos de concessão de transmissão de energia elétrica, de previsão para realização de revisões ordinárias.

Somente a análise desses motivos pode permitir apreciação definitiva do mérito dessa questão, o que pode influir no julgamento quanto à regularidade do segundo estágio deste acompanhamento”.

5.2.5 O Acórdão 649/2005 – Plenário

Com base nessas considerações o TCU acolheu a proposta do Relator e efetuou diversas determinações à Aneel, inclusive no que diz respeito à necessidade de apropriação dos ganhos de produtividade, sem acolher a pretensão da unidade técnica em relação à realização de revisões periódicas, o que pode ser confirmado pelo teor da decisão proferida:

“9.2. determinar à Aneel que:

(...)

9.2.5. faça constar das minutas de contrato de concessão, em futuras licitações para a concessão de serviços públicos de energia elétrica, mecanismos adequados de apropriação de ganhos de eficiência empresarial, conforme dispõe o art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/96;

9.2.6. promova a adequação dos contratos de concessão de serviço público de transmissão de energia elétrica já assinados para incluir mecanismos destinados à redução das tarifas em razão de apropriação de ganhos de eficiência empresarial e/ou redução de custos, conforme dispõe o art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/96, e para dar eficácia ao inciso VI da Primeira Subcláusula da Cláusula Terceira desses contratos;

(...)

9.5. preliminarmente ao julgamento conclusivo acerca da regularidade do 2º estágio, determinar à Sefid a realização de diligência à Aneel para que a entidade encaminhe, no prazo de 15 dias, as razões para a inexistência de revisão tarifária ordinária nos contratos de concessão de serviço público de transmissão de energia elétrica, acompanhada de fundamentação técnica, econômica e legal que demonstre ser adequada essa opção;(...)”

Percebe-se, então, que se determinou à Aneel tão-somente o cumprimento da lei e das disposições contratuais. Em momento algum o TCU impôs à agência qualquer escolha regulatória, muito menos no sentido de obrigá-la a realizar revisões tarifárias ordinárias ou periódicas. Nessa questão, aliás, o TCU limitou-se a buscar as justificativas da Aneel para a escolha que havia sido feita.

5.2.6 O Pedido de Reexame do Acórdão 649/2005 – Plenário

Em seu recurso, a Agência destaca basicamente que:

a) não haveria risco de descumprimento do disposto no inciso IV do art. 14 da Lei 9.427/96, e que a opinião do Tribunal derivava do fato de Corte de Contas traçar um paralelo entre os serviços de distribuição e de transmissão de energia elétrica;

b) a regulação dos serviços de transmissão ser feita por incentivos, ou seja, o regulado é incentivado a gerar melhorias de eficiência pois delas se apropriará. Exatamente na possibilidade dessa apropriação reside a lógica desse tipo de regulação. A sociedade, nessa circunstância, teria seus interesses preservados, pois a perseguição da eficiência por parte do concessionário acabaria revertendo na modicidade tarifária.

c) diferentemente do caso dos concessionários de distribuição de energia elétrica, os de transmissão não podem obter ganhos de produtividade relacionados à expansão do mercado, pois não há mercado potencialmente não atingido.

d) em se tratando de empresas de transmissão, os investimentos estarem concentrados no início do empreendimento, não havendo a necessidade de muitos investimentos adicionais com vistas à reposição de ativos ou à prestação adicional de serviços;

e) a apropriação de ganhos de eficiência ocorreria justamente por ocasião do leilão de concessão, pois a sociedade estaria se beneficiando dos ganhos resultantes de um processo competitivo acirrado e, conseqüentemente, o princípio da modicidade tarifária estaria sendo observado;

f) como a captura inicial da eficiência empresarial é muito importante no caso do serviço de transmissão de energia elétrica, a adoção do modelo de revisões tarifárias periódicas significaria a introdução de um risco regulatório que acabaria precificado pelos investidores nos futuros leilões, ou seja, os investidores acabariam ‘cobrando’ por essa intervenção estatal quando compusessem suas ofertas nos certames licitatórios;

O simples confronto entre as razões de decidir contidas no voto condutor do acórdão recorrido e as alegações da Aneel permite verificar a improcedência do recurso, pois:

a) o Relator não se pautou por nenhum paralelo entre os serviços de distribuição e de transmissão de energia elétrica;

b) em que pese afirmar que a apropriação de ganhos de eficiência pelo concessionário acabaria por reverter em prol da modicidade tarifária, a Aneel não menciona qual o instrumento de que dispõe que é capaz de fazer essa transferência. Não afasta, portanto, a irregularidade apontada: a inexistência de mecanismo capaz de, em algum momento, reverter à tarifa os ganhos de eficiência apropriados pelo concessionário;

c) não houve menção alguma a ganhos de mercado, mas ganhos de eficiência empresarial, que podem ser operacionais ou econômicos e nada ter a ver com ganhos de mercado;

d) a pouca necessidade de investimentos adicionais, além de não implicar a inexistência de ganhos de eficiência, parece ser razão bastante para a Aneel prever a realização de revisões periódicas para permitir à concessionária novos recursos destinados à execução de reforços e ampliações das instalações de transmissão (Cláusula Sexta, Nona Subcláusula, dos contratos de concessão);

e) os ganhos obtidos na licitação da concessão decorrem da disputa pelo mercado, ou seja, são ganhos de competitividade, conforme a doutrina econômica sobre o assunto (Leilão de Demsetz), e não afastam a necessidade posterior controle e regulação tarifária; e

f) em que pese as afirmações da Aneel, é preciso destacar que não se determinou a adoção de um modelo de revisões tarifárias periódicas, mas tão-somente de um instrumento que permitisse que os ganhos de eficiência porventura obtidos ao longo do prazo da concessão fossem, em algum momento revertidos em prol da modicidade tarifária. Em relação a esse ponto é de se notar que a Aneel não mencionou, em momento algum, como pretende tratar os ganhos que venham a ocorrer no decorrer da concessão.

5.2.7 O Parecer do Ministério Público

Em sede recursal o Ministério Público, em parecer da lavra do Procurador-Geral junto ao TCU, Sr. Lucas Rocha Furtado, manifestou-se no seguinte sentido.

a) caso os entes reguladores violem as disposições legais que condicionam sua atuação, não cabe ao TCU determinar sejam adotadas medidas que substituam aqueles atos, mas tão-somente apontar as violações perpetradas, a fim de que as próprias agências infratoras corrijam seus erros;

b) referido controle, porém, não seria possível quanto aos atos que se situam no âmbito da discricionariedade técnica, pois a lei não disciplina tais atos, deixando ao gestor público uma margem de liberdade para agir segundo critérios de conveniência e oportunidade, mas sempre motivadamente e no sentido de satisfazer o interesse público;

c) a combinação do disposto no artigo 14, inciso IV, da Lei nº 9.427/1996, com o preceituado no artigo 2º da referida lei, leva à conclusão de que a Aneel tem o dever de implantar, na regulação de todos os serviços de energia elétrica, inclusive os de transmissão, mecanismos que garantam a referida apropriação de ganhos.

d) a lei não estabeleceu como implantar tais mecanismos, deixando ao ente regulador uma margem de discricionariedade técnica, a fim de que pudesse atuar segundo critérios de conveniência e oportunidade, mas sempre no sentido de bem satisfazer o interesse público;

e) no caso em exame, a Aneel teria decidido, com base em critérios técnicos, a forma de se levar a efeito, em relação aos serviços de transmissão de energia elétrica, o disposto no artigo 14, inciso IV, da Lei nº 9.427/1996, razão pela qual essa decisão não seria passível de reparação impositiva pelo TCU;

f) a revisão periódica seria justificável no serviço de distribuição uma vez que este exige investimentos constantes, e que é “na revisão que se abre a oportunidade de o regulador aferir se os investimentos realizados pelo concessionário poder ser reconhecidos como investimentos prudentes e, em razão disso, ser admitidos para fins de revisão tarifária”;

g) como no caso do serviço de transmissão de energia elétrica os investimentos concentram-se na fase inicial da concessão, a preocupação do regulador com os investimentos prudentes haveria de estar já no edital de licitação;

h) reitera que as decisões das agências reguladoras, desde que motivadas e destinadas à satisfação do interesse público, não são passíveis de reparação pelo TCU, se adotadas dentro dos limites da autonomia e da discricionariedade técnicas conferidas por lei. Fora desses limites, o TCU poderá contribuir para o agravamento do ‘risco jurisdicional’ ou ‘incerteza jurisdicional’;

i) propõe, em síntese, a insubsistência dos itens 9.2.5, 9.2.6 e 9.5 do Acórdão nº 649/2005-Plenário

Em que pese a autoridade do Parquet, não se mostra correta a assertiva de que a Aneel teria decidido, com base em critérios técnicos, a forma de apropriação dos ganhos de eficiência empresarial. Ao contrário, o que restou incontroverso foi que a agência não fixou mecanismo algum com essa finalidade e, além disso, não apresentou nenhuma justificativa técnica que justificasse essa decisão.

Tampouco merece guarida o raciocínio que relaciona a revisão periódica exclusivamente aos investimentos prudentes, uma vez que a dita revisão destina-se, entre outras finalidades, a apropriar os ganhos de eficiência, sejam eles decorrentes ou não dos investimentos realizados.

5.2.8 A decisão do recurso (Acórdão 453/2007 – Plenário)

O Relator do pedido de reexame, Ministro Augusto Nardes, aduziu as seguintes considerações:

a) o TCU compreende a necessidade de assegurar que as concessões brasileiras agreguem o máximo possível de estabilidade das contratações, privilegiando o equilíbrio, ao longo do tempo, dos encargos fixados nas avenças, com o mínimo de interferências de fatores subjetivos;

b) o Parecer do Ministério Público empresta apoio à tese de que nunca será demais assegurar ao setor de concessões públicas o máximo de previsibilidade jurídica das decisões que lhe são afetas, conferindo maior nitidez ao horizonte de planejamento dos potenciais investidores privados;

c) no que diz respeito à questão da apropriação dos ganhos de eficiência, o TCU exigiu apenas que a Aneel dê eficácia ao que já estipula o inciso VI da Primeira Subcláusula da Cláusula Terceira dos contratos em exame. Para isso, a referida Agência detém a necessária competência e autonomia para exercício do poder regulamentar, ouvidos todos os interessados. Não se referiu nem se teve como pressuposto a alteração unilateral do contrato, não havendo motivo para a que a Agência manifeste receio a respeito disso.

d) em homenagem ao princípio da interferência mínima, deveria ser acolhido, em parte, o recurso, com vistas unicamente à explicitação de que não se trata de impor unilateralmente a revisão do contrato, mas apenas de dar eficácia a dispositivo contratual já existente, preferencialmente mediante mecanismos de participação da sociedade e dos demais interessados, inclusive das contratadas, no estabelecimento do regramento a ser observado nas concessões do setor elétrico;

Em face dessas ponderações, prolatou-se o Acórdão 453/2007 – Plenário, que conferiu a seguinte redação ao item 9.2.6 do Acórdão 649/2005 – Plenário:

“9.2.6. adote as medidas necessárias no sentido de dar eficácia ao teor do Inciso VI da Primeira Subcláusula da Cláusula Terceira dos contratos de concessão de serviço público de transmissão de energia elétrica já assinados, assegurando a apropriação de ganhos de eficiência empresarial e/ou redução de custos, conforme dispõe o art. 14, inciso IV, da Lei n.º 9.427/1996, preferencialmente mediante amplo processo de debate e consulta pública junto à sociedade e aos demais interessados, inclusive as próprias contratadas”.

O exame dessas decisões, bem como das discussões travadas, evidencia o cuidado do TCU em não invadir o espaço reservado à competência discricionária da agência reguladora. No caso específico do serviço de transmissão de energia elétrica o TCU em nenhum momento impôs uma escolha regulatória, nem tornou obrigatória a adoção do mecanismo da revisão tarifária ordinária ou periódica. Ao contrário, buscou assegurar à Aneel toda a liberdade para decidir a melhor forma de dar cumprimento aos dispositivos legais e regulamentares a que se encontra vinculada.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da década de 1990, foi implementado um projeto de reforma do Estado Brasileiro que ensejou modificações expressivas no papel desempenhado pela Administração Pública na prestação de serviços públicos. Simultaneamente, houve a redução da intervenção direta do Estado e o incremento da sua função regulatória. Em outros termos, ocorreu uma redução da intervenção por absorção ou participação e um

aumento da intervenção por indução ou direção¹⁰⁷. Nesse contexto, avulta a importância das agências reguladoras, como entidades dotadas de significativa autonomia financeira, administrativa e patrimonial.

O objetivo principal da descentralização é a busca da prestação eficiente de serviços públicos, o que favorece os usuários. Visando atingir tal meta, o Estado atua na regulamentação e na fiscalização dos serviços, diretamente, mediante um de seus órgãos, ou de forma descentralizada, por meio das agências reguladoras.

Dentro desta nova concepção de Estado, ganha o controle preeminência. Além do exame da legalidade, devem os órgãos controladores verificar a eficiência da atuação das agências reguladoras. O Tribunal de Contas da União detém competência constitucional para fiscalizar e julgar as contas dos dirigentes das agências reguladoras e para controlar as outorgas dos serviços públicos a terceiros.

Quanto ao acompanhamento da execução contratual dos serviços concedidos, deve o Tribunal atuar de forma complementar aos órgãos e às entidades reguladoras. Em princípio, a fiscalização das concessionárias é de responsabilidade do Poder Concedente. Entretanto, isso não impede a atuação cooperativa e suplementar do TCU, consubstanciada na fiscalização da prestação dos serviços públicos delegados.

Finalmente, cabe destacar que a atuação do TCU no campo dos serviços públicos delegados pode atingir outros objetivos, além dos analisados anteriormente neste trabalho. Um deles é a disseminação das boas práticas regulatórias. Afinal, sendo o Tribunal o órgão que examina, sob diferentes aspectos, a atuação dos reguladores em praticamente todos os setores da economia, ele detém as melhores condições para desenvolver uma visão sistêmica do modelo regulatório brasileiro. Por via de consequência, pode contribuir para disseminar boas práticas de regulação, independentemente do segmento em que atuam as agências.

Outra contribuição relevante está relacionada com a estabilidade do sistema regulatório, a qual depende fundamentalmente do nível de transparência dos processos decisórios dentro das agências reguladoras. Os agentes econômicos, investidores e consumidores, devem ter as condições necessárias à compreensão clara do marco jurídico do mercado regulado, a fim de negociar em bases consistentes. Note-se que essa negociação é complexa, pois é preciso assegurar simultaneamente o acesso de todos os usuários aos serviços adequados e a rentabilidade dos investimentos privados.

Um dos pilares de equilíbrio de uma relação justa entre usuários e investidores está justamente na disseminação ampla de informações sobre os aspectos técnicos, econômicos e sociais das concessões. Atualmente, pesa sobre os usuários um grande déficit de informação, deixando os órgãos de defesa dos consumidores em flagrante desvantagem no debate de questões relevantes, tais como as revisões tarifárias. Ao divulgar os resultados de seus trabalhos de fiscalização, o TCU contribui para viabilizar o surgimento de um controle social realmente efetivo.

¹⁰⁷ Eros Grau assim define essas modalidades de intervenção (*in A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 148 e seguintes):

- a) por absorção: o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção ou de comercialização;
- b) por participação: o Estado assume o controle de apenas uma parcela desses meios;
- c) por indução: o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância com as leis que regem o funcionamento dos mercados;
- d) por direção: o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os agentes econômicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BARBOSA, Rui. *Obras completas*. 1891. v. XVIII, t. III.
- BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. Revista de Direito Administrativo. nº 229. 2002.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BREYER, Stephen et alli. *Administrative Law and Regulatory Policy*. Aspen Law & Business. 5ª ed. 2002.
- _____. *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*. Harvard University Press, 1993.
- _____. *Regulation and Its Reform*. Harvard University Press, 1982.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Controle Político das Agências Reguladoras*. Revista Interesse Público. nº 18, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *O controle externo da regulação de serviços públicos*. Brasília: TCU, 2002.
- FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- FARACO, Alexandre Ditzel. *Concorrência e Universalização nas Telecomunicações: Evoluções Recentes no Direito Brasileiro*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. nº 8. out./dez. 2004.
- FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. *O Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Contrato Administrativo*. RDA nº 224.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HARGER, Marcelo. *Reflexões iniciais sobre o Princípio da Eficiência*. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, ano XV, nº 12, dez/1999.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5ª ed. Curitiba: Dialética, 1998.
- _____. *O direito das agências reguladoras independentes*. Curitiba: Dialética, 2002.
- LEVI, Brian e SPILLER, Pablo T. *Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications*. Cambridge University Press, 1996.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado*. Associação Brasileira das Agências Reguladoras, 2003. Disponível em www.abar.gov.br
- _____. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

- _____. *Pensando o controle da atividade de regulação estatal. In Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno, de acordo com a EC 19/1998*. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Funções do Estado*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. n° 189. jan./mar. 1992.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *A Independência das Agências reguladoras*. Boletim de Direito Administrativo. Junho/2000.
- _____. *O Parlamento e a Sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas*. In SOUSA, Alfredo José de, et alli. *O Novo Tribunal de Contas – Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*. Tese de doutorado em Direito Público defendida na Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 1997.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da Reforma Administrativa Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PINHEIRO, Ewald Sizenando. *O controle financeiro pelo Tribunal de Contas*. Rio de Janeiro: DASP, 1958.
- RAMOS, Saulo. *A inserção dos Tribunais de Contas*. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Ano XIII, n° 2. 1995.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *O Controle externo das agências reguladoras. Questões relevantes sobre o setor elétrico e de petróleo e gás natural*. Brasília: TCU, Sefid, 2003.
- SALOMONI, José Luiz. *Teoria General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc/Villela Editor.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências Reguladoras*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. n° 33.
- _____. *Audiência Pública e Regulação*. Revista de Direito Público da Economia. n°4.
- VILAÇA, Marcos Vinícios. Palestra proferida no XXI Encontro Anual de Dirigentes do Tribunal de Contas da União e publicada no Informativo União n° 68, de 29/4/1999.
- ZYMLER, Benjamin. *O Controle Externo e o Tribunal de Contas da União*. Palestra proferida, em 25/05/2004, no Centro Universitário de Brasília.