



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Instituto de Estudos Sociais e Políticos

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar


**A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e
as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial**

Rio de Janeiro

2011

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar

**A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e
as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial**



Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor, ao Programa de
Pós-Graduação em Sociologia da Universidade
do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Jorge Werneck Vianna

Rio de Janeiro

2011

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar

**A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e
as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial**

Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor, ao Programa de
Pós-Graduação em Sociologia da Universidade
do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em 27 de junho de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luiz Jorge Werneck Vianna (Orientador)
Instituto de Estudos Sociais e Políticos – UERJ

Prof. Dr. Cesar Augusto Coelho Guimarães
Instituto de Estudos Sociais e Políticos – UERJ

Prof. Dr. Carlos Antonio Costa Ribeiro
Instituto de Estudos Sociais e Políticos – UERJ

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior
Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr.^a Lucia Helena Salgado
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/ BIBLIOTECA IESP

A282 Aguiar, Alexandre Kehrig Veronese.
A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial / Alexandre Kehrig Veronese Aguiar. – 2011.
386 f.

Orientador: Luiz Jorge Werneck Vianna.
Tese (doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Sociais e Políticos.

1. Intervenção judicial - Teses. 2. Políticas regulatórias – Teses. 3. Privatização – Teses. 4. Sociologia – Teses. I. Vianna, Luiz Werneck. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Instituto de Estudos Sociais e Políticos. III. Título.

CDU 378.245

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

RESUMO

AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. *A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial*. 2011. 386f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

A tese parte da seguinte hipótese: a intervenção judicial possibilita a alteração das políticas regulatórias, tendo por base o caso das telecomunicações no Brasil. O primeiro capítulo descreve o processo de privatização do setor regulado e a formação de um novo ambiente empresarial, com destaque para a organização de um sistema legal e regulamentar para possibilitar o funcionamento do novo sistema. O segundo capítulo mostra como é formada a doutrina jurídica, no campo do Direito Administrativo, que serviu de junção para o novo setor empresarial e as instituições regulatórias que surgiram, denominadas agências reguladoras. O terceiro capítulo focaliza a construção institucional das agências reguladoras, bem como os dilemas institucionais que a acompanharam. O quarto capítulo resenha o debate teórico sobre a judicialização da política, com foco nas políticas públicas, bem como analisa as ações diretas de inconstitucionalidade, ajuizadas com o objetivo de paralisar a privatização. O quinto capítulo detalha a insurgência dos consumidores, em um movimento de base que permitiu a alteração regulamentar no topo. O último narra o Projeto Expressinho, uma proposta para o estabelecimento desta seara jurisdicional por um meio alternativo de resolução de conflitos. As considerações finais evidenciam que foram introduzidas características do modelo de direito responsivo, que é descrito por Nonet e Selnick. A conclusão é que os traços de responsividade no sistema político e judicial brasileiro tendem a aprofundar este tipo de intervenção, tendo se mostrado como um canal mais efetivo para a permeabilidade social do que o eram as propaladas audiências e consultas públicas.

Palavras-chave: Intervenção judicial. Políticas regulatórias. Privatização.

ABSTRACT

AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. *The judicialization of public policy telecommunications and consumer demands: the impact of the lawsuit*. 2011. 386f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

The hypothesis is that the judicial intervention turns out a possibility of regulatory changes, and amendments. Such hypothesis is deciphered with the telecommunications contemporary case, in Brazil. The first chapter describes the privatization and the formation of a new business context. It focuses the building of a new legal subsystem and regulations. The second chapter shows the way by some legal academics emerged in order to make it easy the junction between the new business sector and the regulatory agencies. The third chapter depicts the institutional construction of the Brazilian regulatory agencies, as well the issues related to them. The fourth chapter reviews the theoretical debate about the judicialization, specially the judicialization of public policies. It also describes the constitutional injunctions filled aiming to stop the privatization process. The fifth chapter details the judicial reaction of the consumers, which afterwards granted the alteration of some regulations by the top of the judicial system. But such insurgence emerged from the bottom small claim courts. The last chapter focuses on the Express Justice Counter Project that was created as an alternative to the small claims courts. It is stated in the final considerations that the Responsive Law characteristics appeared in the Brazilian legal system. The model designed by Nonet & Selzick can be viewed due to overture of the judicial system to social claims. Such openness was more important than some overestimated administrative solutions as public consultations and hearings.

Keywords: Judicial intervention. Regulatory policies. Privatization.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Telefonia celular.....	46
Figura 2 – Estratégias diferenciadas de regulação.....	49
Figura 3 – Processos no Tribunal de Contas da União.....	53
Figura 4 – Cronologia da dispersão e da concentração	62
Figura 5 – Telefonia Fixa, após a privatização.....	70
Figura 6 – Investimentos privados na expansão das redes (2000 – 2005)	76
Figura 7 – Modelo de transição e sistemas de crenças	117
Figura 8 – Os três significados do termo regulação	120
Figura 9 – Modelo de transição e sistemas de crenças	125
Figura 10 – Classificação das agências por atividades.....	139
Figura 11 – Sistema geral de processos decisórios	164
Figura 12 – Contrato de gestão e relatórios, de acordo com o PL n. 3.337/2004.....	177
Figura 13 – Estratégias de Universalização dos TIC na América Latina.....	239
Figura 14 – Remuneração de redes entre operadoras de telecomunicações.....	249
Figura 15 – Queixas ao PROCON-SP (2006): telefonia móvel	259
Figura 16 – Queixas ao PROCON-SP (2006): telefonia fixa.....	260
Figura 17 – Relação entre radicalização e institucionalização nas ações dos consumidores	262
Figura 18 – Remuneração da interconexão de forma simplificada	271
Figura 19 – Duas hierarquias para os serviços regulados de consumo	314
Figura 20 – Um modelo para expansão judicial contra as indústrias reguladas.....	319
Figura 21 – Fluxo processual da Lei n. 9.099, de 26 set. 1995	322
Figura 22 – Percentual de participação das empresas nos JEC	323
Figura 23 – Representação da participação nos JEC, por segmento	325
Quadro 1 – Setores do Aparelho do Estado (PDRAE) e soluções propostas.....	30
Quadro 2 – Objetivos da Desestatização nas duas Leis de regência	33
Quadro 3 – Previsão constitucional dos serviços de telecomunicações e radiodifusão	39
Quadro 4 – Empresas estatais leiloadas, na telefonia celular, e recursos obtidos (banda A) ...	44
Quadro 5 – Áreas licitadas em telefonia celular e recursos obtidos (denominada banda B) ...	45
Quadro 6 – Modos de atribuição de prestação de serviços	57
Quadro 7 – Classificação das redes de telecomunicações.....	58

Quadro 8 – Classificação dos regimes de prestação pela LGT	60
Quadro 9– Áreas licitadas em telefonia fixa comutada e recursos obtidos	71
Quadro 10 – Dicotomia no uso dos princípios	80
Quadro 11 – Síntese das teorias do interesse público.....	91
Quadro 12– Agências reguladoras federais e suas normas.....	97
Quadro 13 – Principais características das agências reguladoras.....	99
Quadro 14 – Diferenças entre conceitos sobre regulação.....	105
Quadro 15 – As duas correntes doutrinários sobre regulação	109
Quadro 16 – Exemplo de raciocínio doutrinário em prol da regulação.....	111
Quadro 17 – Três tipos de direito (Modelo de Nonet & Selznick).....	127
Quadro 18 – Disposição sobre a nomeação de dirigentes: Lei nº 9.986, de 2004, com dispositivos da Lei nº 10.871, de 2004.....	149
Quadro 19 – Disposição sobre a nomeação de dirigentes: Lei nº 9.986, de 2004, com dispositivos da Lei nº 10.871, de 2004.....	149
Quadro 20 – Comparação de meios de permeabilidade no processo decisório.....	152
Quadro 21 – Órgãos dirigentes das atuais agências reguladoras federais	161
Quadro 22 – Órgãos dirigentes das atuais agências reguladoras federais	163
Quadro 23 – Meios de fortalecimento dos consumidores nos órgãos reguladores	169
Quadro 24 – Politização judiciária segundo pesquisa de Sadek (2004).....	205
Quadro 25 – ADIN selecionadas para demonstrar insurgência nas telecomunicações.....	215
Quadro 26 – Síntese das alegações e decisões da MC na ADIN 1.668/DF	223
Quadro 27 – Estratégias de universalização por países na América Latina	239
Quadro 28 – Meios normativos para a universalização.....	241
Quadro 29 – Cronologia da luta pelo FUST.....	244
Quadro 30 – Pedido e fundamentação das ações contra o FUST	247
Quadro 31 – Canais para solução de problemas de telecomunicações.....	256
Quadro 32 – Alguns tipos de demandas de consumo em telecomunicações.....	263
Quadro 33 – Alguns tipos de demandas de consumo em telecomunicações (Cont.).....	264
Quadro 34 – Argumentos sobre assinatura básica.....	275
Quadro 35 – Argumentos sobre assinatura básica.....	276
Quadro 36 – Fundamentação do acórdão sobre assinatura básica (1).....	282
Quadro 37 – Fundamentação do acórdão sobre assinatura básica (2).....	282
Quadro 38 – Ação e reação no caso da discriminação das faturas	289
Quadro 39 – Participação das empresas nos JEC, por segmento econômico.....	323

Quadro 40 – Dados do Projeto Expressinho.....	328
Quadro 41 – Percentual dos custos do Poder Judiciário (2004).....	355
Quadro 42 – Magistrados em JEC (2004).....	355

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	A PRIVATIZAÇÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES E AS DEMAIS MUDANÇAS JURÍDICAS NO APARELHO DO ESTADO	18
1.1	Recente reforma do Estado no Brasil	19
1.1.1	<u>As mudanças macroeconômicas</u>	20
1.1.2	<u>A construção do sistema nacional em rápido panorama</u>	24
1.1.3	<u>Uma tentativa anterior de privatização: 1988-1990</u>	26
1.1.4	<u>Plano Diretor para Reforma do Aparelho do Estado, 1995</u>	28
1.2	As privatizações como parte da reforma do Estado	31
1.2.1	<u>A reestruturação empresarial prévia</u>	41
1.2.2	<u>A reestruturação estatal prévia: concessões e permissões</u>	48
1.3	A privatização do sistema da Telebras S/A	54
1.3.2	<u>A formação de um arcabouço normativo para os serviços de telecomunicações</u>	65
1.3.3	<u>A efetivação da privatização com a licitação de novas áreas</u>	69
1.3.4	<u>Princípios na LGT em relação aos pré-existentes (CBT, Lei mínima e Lei do cabo)</u> ..	74
1.4	A evolução dos investimentos e o aumento da base de clientes	75
1.5	Considerações intermediárias: os fundamentos compreensivos do dilema do consumidor em telecomunicações	77
2	A EMERGÊNCIA DO CONCEITO DE REGULAÇÃO NO CAMPO JURÍDICO BRASILEIRO	81
2.1	As teorias que dão suporte ao modelo	82
2.1.1	<u>Teorias do Interesse público (“public interest theories”)</u>	83
2.1.2	<u>Teorias do interesse privado</u>	91
2.1.3	<u>Teorias institucionalistas</u>	93
2.1.4	<u>Outras classificações teóricas</u>	94
2.2	A construção de um tipo ideal de agência reguladora para um novo direito administrativo	97
2.2.1	<u>Origem do conceito de regulação</u>	101
2.2.2	<u>O conceito de função reguladora como chave para o debate jurídico</u>	109
2.2.3	<u>O problema: regulação é modo de ação, não apenas marco regulatório</u>	118

2.3	Considerações intermediárias: mudanças em sistemas jurídicos, teoria social do direito e o papel da doutrina	121
3	CONSTRUÇÃO E DILEMAS INSTITUCIONAIS DAS AGÊNCIAS	134
3.1	Agências reguladoras e agências executivas: distinções	134
3.2	Ausência de modelo geral: traços similares, contudo	136
3.3	A autonomia das agências como traço e as suas várias categorias	142
3.3.1	<u>Autonomia administrativa</u>	143
3.3.2	<u>Autonomia financeira e patrimonial</u>	143
3.3.3	<u>Autonomia funcional e relativa às decisões técnicas</u>	144
3.3.4	<u>Autonomia por meio da ausência de subordinação hierárquica</u>	145
3.3.5	<u>Autonomia por meio de mandato fixo e estabilidade dos dirigentes</u>	147
3.3.6	<u>Permeabilidade social e transparência</u>	151
3.4	As propostas de reformulação das agências	155
3.4.1	<u>A Proposta de Emenda à Constituição nº 81/2003 (Sen. Tasso Jereissati)</u>	158
3.4.2	<u>O Projeto de Lei nº 3.337/2004</u>	159
3.4.2.1	A definição do alcance da lei, pelo projeto (artigos 1º e 2º).....	160
3.4.2.2	A fixação de um sistema decisório geral para as agências (artigo 3º).....	160
3.4.2.3	Participação formal nos processos decisórios (artigo 4º ao artigo 7º).....	167
3.4.2.4	Obrigações em relatórios (artigo 8º, art. 12, parágrafo único e art. 14, §2º).....	171
3.4.2.5	Contrato de gestão e desempenho (artigo 9º e ao art. 12)	173
3.4.2.6	Obrigatoriedade de ouvidoria (artigo 13 e artigo 14)	179
3.5	Considerações intermediárias: ausência de encaixe com o Poder Judiciário e os desafios contemporâneos	184
4	A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E AS TELECOMUNICAÇÕES	186
4.1	O conceito social de Direito	187
4.2	O conceito de judicialização da política e suas críticas	197
4.2.1	<u>O conceito de judicialização, em Tate & Vallinder (1995)</u>	198
4.2.2	<u>O conceito de juridicização</u>	201
4.2.3	<u>O conceito de politização do Judiciário</u>	203
4.2.4	<u>Duas críticas: inutilidade conceitual e substituição funcional da política</u>	208
4.3	A luta no Supremo Tribunal Federal contra as mudanças no setor de telecomunicações e contra o conceito de regulação econômica	213
4.3.1	<u>ADIN 432/DF: evitar a entrada de empresas privadas nas telecomunicações</u>	217

4.3.2	<u>ADIN 1.484/DF e ADI 1.491/DF: declarar a Lei Mínima como inconstitucional</u>	219
4.3.3	<u>Medida Cautelar na ADIN 1.668/DF: declarar a LGT como inconstitucional</u>	222
4.3.4	<u>Medida Cautelar na ADIN 1.840/DF: evitar a privatização</u>	230
4.4	O Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações e as disputas judiciais no seu entorno	233
4.4.1	<u>A universalização no Brasil e na América Latina</u>	236
4.4.2	<u>O problema atual no Brasil</u>	240
4.4.3	<u>A mudança no escopo da política no Brasil</u>	243
4.4.4	<u>A judicialização em prol do não recolhimento por parte das prestadoras</u>	247
4.5	Considerações intermediárias: da judicialização das políticas públicas à vida social	252
5	CONFLITOS DE CONSUMO EM POLÍTICAS PÚBLICAS NAS TELECOMUNICAÇÕES	254
5.1	As disputas judiciais sobre os serviços de telecomunicações, em geral	255
5.2	Os casos de conflitos de consumidor na telefonia fixa comutada	269
5.2.1	<u>A luta para derrubar a assinatura básica do Serviço de Telefonia Fixa Comutada</u>	269
5.2.2	<u>A demanda pelo detalhamento das contas de consumo dos serviços da telefonia fixa</u>	287
5.2.3	<u>A definição de um novo índice para a cobrança do STFC e as lutas contra os reajustes</u>	295
5.2.4	<u>Definição das áreas locais (telefonia fixa) ou áreas de registro (telefonia móvel)</u>	299
5.3	Disputas relacionadas aos serviços móveis pessoais: o caso da validade do pré-pago	302
5.4	Considerações intermediárias: a inversão hierárquica e o problema central de dizer o direito	311
6	AS DISPUTAS DE MASSA, O IMPASSE E A TENTATIVA DE DESFORMALIZAÇÃO DOS LITÍGIOS	319
6.1	O congestionamento do sistema de juizados especiais	320
6.2	A trajetória do discurso do acesso à justiça e o expressinho no Brasil	332
6.3	Os diagnósticos sobre os sistemas de resolução e a construção do Projeto Expressinho	338
6.3.1	<u>O que é o Projeto Expressinho: visão dos interessados</u>	340
6.3.2	<u>Pontos positivos, segundo os atores</u>	345
6.4	Análise do projeto: judicialização das relações de consumo e os atores	348
6.4.1	<u>O acordo extrajudicial ou judicial como foco</u>	349
6.4.2	<u>A falta do acordo como culpa</u>	351

6.5	Considerações intermediárias: custo judicial da regulação e a cultura jurídica.....	355
	CONCLUSÃO	360
	REFERÊNCIAS.....	367

INTRODUÇÃO

É um consenso entre os analistas sociais que o período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 representou mais do que a restauração do direito ao voto. A Carta de Outubro imprimiu uma nova dinâmica à vida social, política e econômica no Brasil e, principalmente, esposou propostas normativas para a evolução das relações jurídicas. A inclusão dos direitos dos consumidores no texto da Constituição é apenas um pequeno capítulo referido à permeabilidade dos novos direitos no cotidiano dos cidadãos. Munidos de um reconhecimento, diversos atores sociais começaram a se mobilizar por sua efetividade.

Porém, o período de liberalização política e social foi rapidamente acompanhado por uma liberalização radical de cunho econômico. Vários sistemas estatais foram privatizados e a gestão de diversos serviços públicos foi assumida por empresas privadas. Antes das mudanças liberais, o cidadão era pautado por uma relação curiosa no campo dos serviços públicos que fazia com que, apesar dos seus problemas, as reclamações e demandas possuíssem pouca resposta por parte das instituições de proteção. Afinal, tratava-se de reclamar ao Estado pela provisão de serviços que eram oferecidos pelo próprio Estado, com todos os dilemas que isso sempre representou no Brasil. De certa forma, o avanço paulatino destes dois movimentos históricos – aumento do ímpeto reivindicador de direitos, e maior nitidez do adversário contra quem se podia reivindicá-los – gerou a possibilidade de que as empresas privatizadas fossem fortemente cobradas. Faltava apenas um elemento nesta equação para que as intenções dos consumidores fossem traduzidas em ações judiciais. Este elemento floresceu com o movimento de fortalecimento do Poder Judiciário, que acompanhou o processo de redemocratização, após a promulgação da Nova Constituição. Desta forma, estava aberto um canal privilegiado para as demandas de consumo. A expansão dos juizados especiais cíveis foi o ponto culminante deste florescimento. Baseado na experiência pioneira da AJURIS, este canal rapidamente tornou-se a arena, por excelência, desta não mais contida insurgência em prol de direitos.

No momento da privatização – e um pouco depois –, a lógica da autarquia tecnocrática ainda se impunha nos corredores das instituições estatais que formulavam os regulamentos referentes aos serviços de telecomunicações. Era o eco de um mundo passado, estatal, porém travestido de novo: privatizado, vinculado ao grande capital, ainda que fortemente dependente do Estado. As normas regulamentares foram erguidas com o objetivo de garantir a tranquilidade dos novos gestores das telecomunicações, tendo por foco principal a garantia

dos seus direitos, tal como contratados com o Estado. Afinal, os investimentos nacionais e estrangeiros precisavam ser preservados e protegidos, de modo a demonstrar ao mundo que a cartilha de inserção do Brasil era muito respeitada na Nova República. Portanto, as regras foram construídas de uma forma autárquica, no melhor sentido da palavra. O que importava era a defesa de uma “visão técnica”. Assim, a integração com os preceitos inovadores de um emergente direito renovado não tinha espaço nesta formulação. O resultado foi evidente. Inevitavelmente, vários dos “novos regulamentos” dos serviços recentemente privatizados eram incompatíveis com os direitos razoáveis dos consumidores, tal como o direito à devida informação sobre o consumo cobrado. Questões relacionadas à lógica tarifária também se impunham, dentre outros problemas, especialmente porque foram fixadas em contratos quando da privatização. Em síntese, a amálgama entre o fortalecido Poder Judiciário de base, aberto às demandas, e as regras de serviços privatizados, incompatíveis com os direitos dos consumidores, gerou a inundação judiciária que é a marca dos juizados especiais cíveis.

O resultado?

Várias das insurgências reivindicativas dos consumidores não geraram resultados imediatos. Contudo, em várias ocasiões, as demandas dos consumidores ensejaram a modificação das regras regulatórias por parte da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). O curioso é que a doutrina jurídica dos autores de Direito Administrativo, sobre as agências reguladoras, defende que tais entes seriam os mais abertos defensores da democratização da ação do Estado. Nesta leitura, as consultas públicas e as audiências são louvadas como instrumentos normativos de realização da democracia, ou seja, como um meio de absorção dos influxos reivindicativos para a produção de políticas públicas razoáveis.

A resposta desta tese é relacionada com a seguinte pergunta: a reação judiciária dos consumidores gerou a formulação de novas regras no setor regulado? É evidente que sim. Não o foi de forma direta, entretanto. Mas, as ações judiciais geraram o discurso que permitiu a elaboração de novos regulamentos, mais afinados com os direitos dos consumidores. As vitórias não se deram – de modo geral – pela execução de decisões judiciais. Elas ocorreram pela mudança das regras, por parte da ANATEL, após a pressão judicial.

É realizado o seguinte percurso, para demonstrar como a judicialização no setor de telecomunicações pôde servir como parte do processo regulatório. O primeiro capítulo descreve o processo de privatização do setor regulado e a formação de um novo ambiente empresarial. Este capítulo é relevante para demonstrar como se assomou um contexto social e político no qual as regras foram erguidas. Elas foram construídas com a mesma lógica do sistema que estava sendo deixado para trás. Logo, o antigo estatal tornou-se o novo

privatizado. E, assim, as regras impostas aos usuários estavam impregnadas da assimetria que sempre marcou a relação entre o Estado e os seus súditos. O segundo capítulo mostra como é formada uma doutrina jurídica, no campo do Direito Administrativo, que serviu de junção para o novo setor empresarial e as instituições regulatórias que surgiram, denominadas agências reguladoras. O terceiro capítulo incorre no tema das agências, especialmente. Ele focaliza a sua construção, bem como os dilemas institucionais vivenciados por estas. O quarto capítulo começa com uma resenha do debate teórico sobre a judicialização da política, com foco nas políticas públicas. Assim, no capítulo são analisadas, depois, as ações diretas de inconstitucionalidade, que foram ajuizadas com o objetivo de paralisar o processo de transição para o ambiente privatizado e regulado por agências. Desta forma, é preparado o debate subsequente que versa, no quinto capítulo, sobre as demandas de consumo em telecomunicações. Neste capítulo está o centro da tese, já que os casos desdobrados demonstram como as ações judiciais não foram, em geral, vitoriosas. Porém, tais ações judiciais de defesa dos consumidores permitiram que a pressão facilitasse a revisão de vários regulamentos da ANATEL. Nestes dois capítulos, o debate está muito adstrito aos tribunais superiores, ou seja, ao fechamento dos litígios pela jurisprudência da cúpula judiciária. O quinto capítulo inverte esta narrativa e demonstra como a insurgência que permitiu a alteração regulamentar, no topo, tem origem em um movimento de base. É nos juizados especiais que o debate ganhou força e possibilitou a subida da insurgência ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Para demonstrar a questão dos juizados, nada melhor do que visualizar uma proposta de alteração dos mesmos, que é o tema do sexto e último capítulo. É deste contexto que emerge a narrativa do Projeto Expressinho e, especialmente, se evidencia a análise de um modo de estabelecer a substituição desta seara jurisdicional por um meio alternativo de resolução de conflitos. A conclusão reverbera este último capítulo e reitera que não há – em curto prazo – substituto funcional aos juizados especiais. O longo trajeto das demandas dos consumidores, com o potencial de auxiliar na revisão das normas regulatórias, continuará sendo mobilizado, a partir das “pequenas causas”, como *locus primário*.

As considerações finais evidenciam que foram introduzidas características do modelo de direito responsivo, que é descrito por Nonet e Selnick. É importante notar que aquele quadro conceitual foi traçado pelos autores em 1978, todavia, o mesmo somente encontrou ambiente institucional no Brasil com a promulgação da Carta 1988, como bem indicam Werneck Vianna e Eisenberg, no prefácio da tradução brasileira. O direito responsivo é marcado pela receptividade judicial a demandas relacionadas com valores sociais. O debate doutrinário sobre os princípios é exemplar em relação ao tema. Eles configuram um modo de

traduzir conceitos como a proteção aos consumidores em equivalências normativas com os dispositivos legais. Nada melhor do que exemplificar. O direito à informação, nas relações de consumo, pode demonstrar. Os usuários da telefonia fixa comutada eram tarifados por meio do cálculo de pulsos. Foram ajuizadas milhares de ações judiciais postulando que os pulsos excedentes à franquia da assinatura básica não poderiam ser tarifados, ante a ausência de demonstração do seu modo de cálculo, bem como inexistente discriminação das ligações. Após anos de luta judiciária, a ANATEL e o próprio Superior Tribunal de Justiça reconheceram que não havia como ser mantida a situação. As regras mudaram, ao longo de um processo de transição, que configura a comprovação de que a intervenção judicial pode ocasionar alterações nas políticas regulatórias. A conclusão é que os traços de responsabilidade no sistema político e judicial brasileiro tendem a aprofundar este tipo de intervenção, tendo se mostrado como um canal mais efetivo para a permeabilidade social do que as propaladas audiências e consultas públicas.

Uma pequena nota precisa ser feita sobre as entrevistas que deram origem ao manancial de dados aqui utilizados. Algumas foram realizadas em conjunto com dois outros pesquisadores, Fernando Fontainha e Daniel Misse. No caso do primeiro, os dados serviram para o desenvolvimento de um projeto de pesquisa que gerou um trabalho cuja nota merece ser feita. Foram três entrevistas. A primeira foi realizada com um gestor do Projeto Expressinho, magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com atuação na Corregedoria-Geral, Flávio Citro. Muito experiente em juizados especiais, ele se destacou pela sua liderança e conduta propositiva de soluções em sua instituição. A segunda entrevista foi realizada com advogados das empresas concessionárias. A sua gentileza em conceder a entrevista foi enorme, já que o corpo jurídico de outra empresa concessionária se recusou a ter algum advogado ou gestor entrevistado. Ao que foi respondido – por meio daqueles canais informais que sinalizam a busca de abertura da porta – que a insistência poderia gerar graves ressentimentos. Desde logo, Débora Brasil e Cristiane Marcondes, auxiliaram concedendo a entrevista. Como pode ser visto, não há nada de desabonador na opinião emitida por elas; muito menos, desabonador à empresa na qual trabalhavam quanto da entrevista. Por fim, em relação às entrevistas realizadas em conjunto, o juizado analisado foi o de Alcântara (São Gonçalo). A terceira entrevista foi realizada com uma magistrada, que atuava como titular de um dos maiores juizados especiais do Estado do Rio de Janeiro, Ana Paula Pontes Cardoso. Em meio a um entorno densamente povoado e basicamente pobre, ela lidava com uma clientela bastante ávida por resultados práticos – e o fazia com muito êxito, é relevante mencionar.

Outra anotação acerca de entrevistas é a que uma delas foi gentilmente franqueada por Daniel Misse, doutorando da Universidade Federal Fluminense. Ele entrevistou Antonio Bedran, figura histórica do setor de telecomunicações, que teve passagens funcionais pelo Ministério das Comunicações e pela ANATEL, tanto na função de procurador-geral, quanto na de conselheiro. Outra entrevista histórica foi realizada com Juliana Pinheiro, outrora colega no Centro Universitário da Cidade, atualmente professora da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Com ela, foi entrevistado Renato Guerreiro, ex-presidente da ANATEL, muito recentemente falecido. As demais entrevistas – Alexandre Jobim, Murilo Ramos, Ana Paula Camargos e Hector Valverde – foram feitas quando do trabalho de campo, em Brasília, no ano de 2006. É evidente que, sem os entrevistados, a tese não seria possível. As entrevistas foram classificadas em cerca de 300 fichas, catalogadas e organizadas de acordo com a sua pertinência em cada capítulo da longa narrativa.

Uma tese de doutorado difere dos demais trabalhos acadêmicos pela orientação e supervisão. Sem a batuta de um experiente pesquisador, um dos maiores cientistas sociais do país, Luiz Werneck Vianna, não teria sido possível terminar o trabalho. Cada opinião sua, cada reprimenda, cada afeto e cada conselho foram parte necessária do processo de construção desta narrativa. Espero que este trabalho apenas lhe entregue júbilo e inspiração que, no caso, será somente o pequeno retorno do tanto que foi recebido.

Uma pesquisa do porte aqui realizado acaba por se confundir com uma importante parte da vida de qualquer pesquisador. Do ponto de vista cronológico, ela ocupa um largo espaço de tempo e, portanto, perpassa um significativo espaço de uma trajetória profissional. Sua realização começou no Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro e terminou do Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais da UERJ. A convivência no IUPERJ – hoje IESP – sempre foi a melhor possível. Professores, funcionários e colegas tendem a se transformar em amigos, o que faz a jornada produtiva muito menos tensa, apesar dos sobressaltos que foram vividos com a transição para a UERJ.

Com esta questão em mente, ou seja, a relevância dos vínculos institucionais, é importante lembrar que este trabalho começou em dois locais. O primeiro foi o Instituto de Estudos e Pesquisas Jurídicas, ligado ao Centro Universitário da Cidade. Era um pequeno grupo de pessoas, num coletivo presidido pelo Desembargador José Lisboa da Gama Malcher. O Desembargador foi o principal culpado de o presente trabalho ter incorrido na área de telecomunicações. Por sua iniciativa, foi criado um curso de especialização nesta área, que municiou de conhecimentos o presente trabalho. O outro espaço foi o Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia. Aldo de Albuquerque Barreto era o chefe da pequena

coordenação de ensino e pesquisa no Rio de Janeiro. Sempre foi um entusiasta da pesquisa interdisciplinar e muito apoiou o presente trabalho. A Universidade Federal Fluminense foi um espaço de teste das aptidões acadêmicas no sentido mais pleno. Por muitas vezes, a demanda daquela instituição atrapalhou a pesquisa, já que obrigava a participação em atividades administrativas que sempre tomam tempo. Porém, a equipe da Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação compensou isto, já que apoiou o trabalho, inclusive por meio de recursos para a realização do trabalho de campo e aquisição de bibliografia. O trabalho termina sendo realizado no Superior Tribunal de Justiça de onde, pela gentileza e pela confiança do Ministro Humberto Martins, partiu o convite para a função de assessor. A visão deste Tribunal Superior é que permitiu a realização da tese. Sem ela, o trabalho seria incompleto.

Por fim, vale frisar que as instituições, em parte, são derivadas dos indivíduos que as compõem. Este trabalho deve tanto a tantos amigos e familiares que seria injusto rotular alguns, em detrimento de outros. Eles não serão arrolados, já que cada um sabe a enorme importância que possui.

1 A PRIVATIZAÇÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES E AS DEMAIS MUDANÇAS JURÍDICAS NO APARELHO DO ESTADO

O presente capítulo está dividido em três partes. Na primeira parte é analisada a reforma do Estado no Brasil, em termos gerais. É relatado um pequeno panorama da construção do modelo das agências reguladoras, que será trabalhado em detalhes no próximo capítulo. Na segunda parte é demonstrado como foi conduzida a política de desestatização, que gerou a privatização de diversos setores de prestação de serviços, outrora denominados públicos. Na terceira parte é descrita a privatização do sistema Telebras S/A, com destaque para os problemas da formação, então, do marco regulatório.

O capítulo posterior analisará a construção jurídica do modelo de agência reguladora, com atenção específica ao caso da ANATEL, bem como descreverá a emergência de um discurso jurídico em prol da regulação. Também será realizada a análise da contraposição judiciária havida contra o estabelecimento do conceito de regulação econômica por agência reguladora, no Brasil, em especial junto ao Supremo Tribunal e ao Superior Tribunal de Justiça. Vale destacar que a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) é considerada por vários autores como o principal exemplo deste gênero de entidades administrativas¹. Não somente por ter sido a primeira; mas também por ter sido a que mais incorporou conceitos dos estudiosos do Direito Administrativo nacional, envolvidos com o tema da nova regulação da economia e privatizações. As dificuldades de implantação de um modelo de regulação adequado à infraestrutura em geral, no caso brasileiro, também serão abordadas. Neste segundo capítulo haverá, ainda, uma análise sobre a possibilidade de emergência de um novo conceito de direito. Ele pode ser denominado de direito responsivo e será analisado posteriormente². Deriva de uma nova postura existente na interpretação judiciária, proveniente da massa de demandas recebidas em perseguição de direitos individuais e sociais. A hipótese da tese é que esse novo conceito de direito permitiu uma

1 O tema da construção de um conceito de regulação, no campo acadêmico do Direito Administrativo, será tratado com mais detalhes no terceiro capítulo; nele, serão indicados os autores pertinentes.

2 O tema do direito responsivo é diretamente relacionado com a seguinte obra: NONET, Phillip; SELZNICK, Phillip. **Law and Society: toward responsive Law**. 2 ed. New York: Transaction Books, 2001. A primeira edição é de 1978. A obra teve tradução, recentemente, publicada: NONET, Phillip; SELZNICK, Phillip. **Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ação social do poder judiciário que motivou seus órgãos a majorarem sua competência para forçar a regulamentação da prestação dos serviços de telecomunicações a se adequar em conformidade com os interesses dos consumidores. No terceiro e no quarto capítulo será dada atenção ao fenômeno da judicialização das políticas públicas e da sua faceta no tocante ao problema da reação judicial dos consumidores em relação aos regulamentos ditados pela ANATEL e às práticas comerciais implantadas no país, após a privatização dos serviços de telecomunicações.

1.1 Recente reforma do Estado no Brasil

A compreensão da reorganização do Estado no Brasil pode ser relacionada em três eixos de modificações: mudanças econômicas; alterações administrativas; e modificações jurídicas. Os três são relacionados. Mas o eixo jurídico apresenta-se como um pressuposto contemporâneo para que haja alteração no sistema econômico e administrativo. Isso ocorre porque não é possível realizar tais modificações sem que haja reorganização jurídica. É Dieter Grimm quem explica que há uma relação imbricada entre direito e política no mundo moderno. A própria realização da política se dá por meio de regras, que são fixadas socialmente pelo sistema jurídico³. Do ponto de vista de economistas contemporâneos, este fato seria acentuado em países onde o desenho institucional privilegia a colocação dos tribunais com poder de veto sobre as deliberações gerenciais e econômicas, como acentua George Tsebelis⁴. Existe farta literatura sobre o evidente caso do fortalecimento do Poder Judiciário, havido no Brasil após a redemocratização, e sua relação com o erguimento do novo marco constitucional de 1988⁵.

3 GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Trad. Geraldo de Carvalho, p. 3 e seg.

4 TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2009. p. 311-343.

5 Uma boa resenha do tema pode ser visualizada em textos publicados nas obras coletivas de comemoração dos vinte anos da Constituição Republicana de 1988. Cf. WERNECK VIANNA, Luiz. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, Ruben George (org.); RIDENTI, Marcelo (org.); BRANDÃO, Gildo Marçal (org.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: HUCITEC, Fundação Ford, ANPOCS, 2008, p. 91-109.

1.1.1 As mudanças macroeconômicas

Nas décadas de 80 e 90 do século XX, a maior parte dos Estados latino-americanos esteve envolvida em processos de liberalização, que pode ser compreendida por uma dupla vertente. A primeira foi a mudança de regimes políticos autoritários para refundações democráticas. A segunda vertente foi a absorção de processos internacionais de reorientação de políticas econômicas. O Estado brasileiro já vinha experimentando um processo de reorganização estatal com vias ao reposicionamento do seu sistema econômico desde o final do regime militar. Um bom exemplo são as privatizações de empresas estatais que começaram a ocorrer no governo João Figueiredo. Segundo Tavares de Almeida⁶:

O primeiro passo rumo à reversão desse estilo de relacionamento foi a criação, no primeiro ano do governo Figueiredo (1979), da Secretaria de Controle das Empresas Estatais - SEST, subordinada à Secretaria Extraordinária de Planejamento da Presidência da República, com o objetivo de conhecer e controlar os gastos das empresas. Sua organização era parte de esforço mais amplo para lograr um orçamento consolidado do setor público federal que incluísse não só a administração direta, mas também o setor produtivo estatal e as transferências diretas do Tesouro às autoridades monetárias. A SEST estava encarregada de definir um orçamento de despesas globais para todos os tipos de empresas do Estado, estabelecendo tetos – totais e caso a caso – para investimento e despesas correntes e também limitando o acesso dessas empresas ao crédito – doméstico e internacional –, aos fundos do Tesouro, ao mercado de ações e aos seus próprios lucros retidos⁷

Este processo foi aprofundado durante o primeiro governo federal eleito pelo voto popular após a promulgação da Constituição da República de 1988; o pleito de 1989 elegeu a chapa de Fernando Collor de Mello e Itamar Franco⁸. Naquele momento histórico houve uma tentativa de privatização do sistema Telebras. Ela não foi levada a cabo por vários motivos,

6 TAVARES DE ALMEIDA, Maria Hermínia. Negociando a Reforma: A Privatização de Empresas Públicas no Brasil. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, 1999, p. 421-451.

7 Note-se que a autora credita esse trecho do seu trabalho à WERNECK, Rogério. **Empresas estatais e política macroeconômica**. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1987.

8 Do ponto de vista da economia política, a análise da reordenação macro-econômica possui um texto bastante didático em: SAMUEL, David. A economia política da reforma macroeconômica no Brasil, 1995-2002, Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, 2003, p. 805-835. Para compreender a possibilidade política das privatizações, é relevante indicar o trabalho de doutoramento de: VELASCO Jr, Licínio. **A política pública de privatização no presidencialismo de coalizão brasileiro**, 2005. Tese (Doutorado em Ciência Política), Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Dr. Fabiano Guilherme Mendes Santos.

mas pode-se destacar que não havia ambiente político para tanto, como se mostrará no tópico 1.1.3⁹. Todavia, as empresas estatais, por seu turno, eram elementos-chave nas políticas de combate à inflação, pelo peso de suas tarifas nas cestas de consumo.

É falacioso considerar que os processos de reorientação dos sistemas econômicos estão diretamente relacionados com a adesão somente aos projetos internacionais, propostos pelos diversos organismos multilaterais. Segundo Eli Diniz, estes processos derivam da conjugação de diretrizes internacionais em convergência com as questões políticas nacionais¹⁰. Somente com esta perspectiva é possível compreender as diferenças conceituais entre sistemas regulatórios nacionais na América Latina, por exemplo. O caso das telecomunicações brasileiras demonstra que houve a tentativa de realinhar o país com as práticas ditas globalizadas. Todavia, tal realinhamento foi feito com atenção aos problemas específicos do Brasil:

Então, de certa forma, eu passei a pilotar aquele projeto [nova regulação e gestão para as telecomunicações, no Brasil]. Não foi por imposição. Mas foi porque aquilo era o resultado de um conhecimento do que estava acontecendo no mundo. Nós começamos a desenhar um modelo parecido com aquele que estava acontecendo, que a gente via no mundo. [...] Tínhamos contratado a Mac Kinsey para estudar os modelos do mundo todo, para trazer a opção para o Brasil. O que nós decidimos foi o seguinte: nós temos que saber o que o mundo está fazendo e do que o mundo está falando. O que está certo? O que está errado? A partir disso, vamos tentar aproveitar ideias! Já que nós vamos tentar queimar etapas, vamos tentar fazer, corrigindo os erros e os problemas que aconteceram em alguns países. Afinal, o atraso dá essa vantagem. Ele permite corrigir coisas. Então, nós contratamos uma grande empresa de consultoria, Mac Kinsey, que fez um trabalho brilhante. Ela trazia, organizava e avaliava, com a gente, todo o trabalho de captura de informações. Havia um debate de avaliação dessas informações com a gente¹¹.

Esse tema será retomado depois, quando for tratada a construção do modelo das agências reguladoras no Brasil, no próximo capítulo. Por ora, vale consignar que havia uma necessidade nacional específica e central: resolver dilemas macroeconômicos, em alinhamento com questões políticas internas. A resolução dessa equação demandava o aporte

9 A informação deriva da entrevista de Murilo César Ramos.

10 DINIZ, Eli. Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90. In: DINIZ, Eli (Org.); AZEVEDO, Sergio (Org.). **Reforma do Estado e democracia no Brasil**. Brasília: Universidade de Brasília/Escola Nacional de Administração Pública, 1997, p. 19-53.

11 RENATO NAVARRO GUERREIRO, antigo dirigente do Ministério das Comunicações e antigo presidente da ANATEL, Entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006.

de capital internacional no Brasil. Na fala de dirigentes do setor, os argumentos em defesa dos investimentos estrangeiros são sempre os mais evidentes e de fácil entendimento. Para eles, o país estaria sem capacidade de investir nesses setores e necessitaria do capital estrangeiro para realizar a expansão e atualização dos sistemas de telecomunicações:

Porque as empresas até então sob o controle acionário estatal vinculado à Telebras tinham limitações de investimento. É preciso ressaltar que, com muito orgulho, eu pertencia ao sistema da Telebras. O Sistema Telebras realizou muito por esse país. Mas chegou a um ponto que não tinha investimento. Havia uma demanda fortemente reprimida de serviço telefônico fixo comutado e de serviço móvel celular. Uma linha telefônica, na década de 80, chegou a custar na base de 5.000 dólares. Nosso plano de financiamento [plano de expansão] era cobrar cerca de mil cento e pouco reais. As empresas demoravam de 24 a 36 meses para atender ao cidadão, após o pagamento. Isso foi criando realmente um gargalo muito forte... Então a desestatização ocorreu também por esse motivo. Porque as empresas, embora concessionárias, mas fora do controle acionário estatal, tinham mais recursos para investir e atender a essa demanda¹².

Só que não era somente isso. A entrada de capital internacional para investimento em infraestrutura auxiliava as contas públicas em outros quesitos da política econômica, como indicam os autores de importante trabalho de sopesamento do processo de privatização brasileiro. Especialmente, a privatização liberaria recursos para alocação em outras áreas de investimento estatal. O argumento do governo federal, à época, era o de que a saúde e a educação receberiam essas verbas não mais comprometidas. Todavia, no caso das telecomunicações, isso não foi verdade. O sistema possuía uma complexa rede de auto-sustentação que não o atrelava ao tesouro. Na verdade, o Ministério da Fazenda é que precisava do sistema para realizar a política macroeconômica por meio do controle das tarifas de telecomunicações, que tinham peso considerável na cesta inflacionária. Mas é crível que a privatização tenha auxiliado no controle da inflação, bem como na reordenação macroeconômica no país, permitindo a retomada de ação capitalista na economia produtiva¹³.

Porém, como isso se relaciona, em termos operacionais, com o sistema jurídico?

12 ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 42.

13 O texto mais completo sobre as privatizações no Brasil e seu impacto econômico é: ANUATTI-NETTO, Francisco; BAROSSA-FILHO, Milton; GLEDSON DE CARVALHO, Antonio; MACEDO, Roberto. Costs and benefits of privatization: evidence from Brazil. In: CHONG, Alberto (Ed.); LÓPEZ-DE-SILANES, Florencio. **Privatization in Latin America: myths and reality**. Stanford, CA: Stanford University Press, 2005.

O tema da recepção dos modelos jurídicos internacionais e a sua aclimação conceitual estão a merecer mais esforços analíticos¹⁴. Esta lacuna ocasiona a difusão de equívocos conceituais acerca de terminologias como “regulação”. Neste caso, o termo ora é compreendido como a mera tradução e modernização terminológica de algo antigo. Ou, é entendido como algo novo. Um exemplo é o uso, como sucedâneo, do termo “regulamentação”. Tal sentido apenas atualizaria a designação para os tradicionais meios de programar políticas públicas pela fixação de diretrizes por entidades e órgãos do Estado. Vale construir um exemplo para justificar. O trabalho de Flávio Willemann constrói o seguinte percurso. Expõe que o poder normativo regulador nasce – na esteira da visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto – da deslegalização, que seria a retirada de poderes normativos do legislador ordinário para órgãos e colegiados técnicos. Posteriormente, ele justifica – com base na autoridade das citações de Paulo Bonavides e Luís Roberto Barroso – que não há violação à divisão dos poderes e nem perda de legitimidade dos eleitos em prol das burocracias; seria, antes, um imperativo técnico¹⁵. Por fim, a conclusão:

Assim, entende-se que é possível o exercício do poder normativo regulador (editando regulamentos) por parte das Agências Reguladoras, desde que para tratar-se de assuntos técnicos, e que haja expressa autorização na legislação que instituiu a autarquia em regime especial, com a enumeração expressa dos standards da deslegalização legislativa realizada¹⁶.

Vê-se que o trecho demonstra a tentativa de separar o poder normativo regulador como um tipo diferenciado de regulamentação, derivada de uma autorização legislativa tácita – ou expressa – para formular normas. De outro lado, o termo “regulação” é lido como um novo sistema de intervenção do Estado no domínio econômico.

Antes de qualquer coisa, cabe delimitar que o termo regulação, como boa parte deste novo paradigma jurídico, derivado do processo político recente de liberalização dos Estados latino-americanos, é originário do campo econômico. Ele diz respeito a um tipo de processo social, ou seja, a um diferente relacionamento existente entre instituições e pessoas. Um autor

14 Um livro que tenta iluminar esse tema, com foco no debate judiciário – especialmente nas cortes constitucionais – é: CHOUDRY, Sujit (Ed.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

15 WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade civil das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 183-194.

16 WILLEMANN, Flávio de Araújo. Op. cit. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 194.

importante para entender a recepção do modelo americano de regulação é Giandomenico Majone¹⁷. Este autor analisou a tradução conceitual havida nos países continentais europeus para construção do que ele denomina como regulação por agência independente.

Este será o tema do segundo capítulo. Existe um pressuposto descritivo para localizar como a “nova regulação” é traduzida conceitualmente no panorama jurídico brasileiro. Para tanto, neste primeiro momento será realizada uma descrição do processo político recente que desembocou nas diversas privatizações - dentre as quais a alienação do sistema Telebras S/A - e também na formação de um arcabouço institucional para a exploração privada dos serviços de telecomunicações, com destaque para a formação das agências reguladoras, entre estas, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Deste modo, no próximo tópico será descrito o Plano Diretor para Reforma do Aparelho do Estado, demonstrando como ele serviu para consolidar as esparsas políticas que permitiram a reorganização da prestação de serviços em diversos setores da vida produtiva nacional. Depois de efetuada tal descrição, será realizada uma análise do processo de privatizações, com destaque para a montagem de um quadro normativo para ocorrência da privatização dos serviços de telecomunicações.

1.1.2 A construção do sistema nacional em rápido panorama

É importante notar a existência, anterior à privatização de 1997, de um sistema nacional de telecomunicações organizada. Aliás, um sistema que figurava entre um dos quinze maiores sistemas nacionais do mundo¹⁸. Segundo um dos entrevistados:

O que tínhamos no modelo de telecomunicações anterior? Para tanto, há que pensar que, em 1973, o Brasil tinha um modelo privado, onde tinha certas empresas

17 MAJONE, Giandomenico. The political economy of regulation. In: _____ (ed.). **Regulating Europe**. Abingdon / New York: Routledge, 1996, p. 09-79. Há um texto elucidativo vertido ao português: MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências da mudança no modo de governança. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. São Paulo: Editora Singular / Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP, 2006, p. 53-85.

18 MOLANO, Walter T. **The logic of privatization: the case of telecommunications in the Southern cone of Latin America**. Westport, CT: Greenwood Press, 1999. Especialmente o capítulo 2, referente ao Brasil, que traça um panorama histórico

atuando. Na verdade, era um modelo de exploração bastante equivocado onde as concessões eram espalhadas pelas várias pequenas unidades. Naquela época o discurso que existia era: “vamos estatizar para poder fazer crescer o sistema e, ao mesmo tempo, atender a população, assim como a necessidade de infraestrutura para o crescimento do país”. Entra um pouco aquela ideia da política do Delfim Neto de crescer o bolo para depois dividir. O que aconteceu? O Estado entrou, bancou, comprou as várias empresas. Houve, inclusive, uma coisa muito interessante de como era a participação da sociedade nessa época. Nós tínhamos, por exemplo, em Santo André, Estado de São Paulo, a CTBC [Companhia Telefônica do Brasil Central] que foi uma empresa criada pela associação comercial do ABC paulista, visando o crescimento da região. Então eles tinham um carinho muito grande pela empresa e quando houve a estatização foi uma crise terrível na cidade. A classe empresarial se voltou contra o governo federal. Mas não podia fazer muita coisa porque isso ocorreu durante o regime militar. Nesse caso, eles só tinham mesmo é que obedecer. No Rio Grande do Sul, a empresa não foi estatizada. Logo, ela não foi para a União. Ela continuou sendo, excepcionalmente, uma empresa do Estado do Rio Grande do Sul. Tentou-se fazer um leilão para poder federalizá-la. Mas houve protestos com várias ações judiciais e com polícia na porta. Quer dizer, foi uma coisa de louco! A própria história das telecomunicações no Rio Grande do Sul demonstra uma participação da sociedade muito grande. Até o nome daquela companhia evidenciava isso: “Melhoramento e Resistência”. Ela tinha esse nome porque antes pertencia a uma família uruguaia e eles estavam ali simplesmente para explorar e mais nada. Aí se criou com base no apoio da população, da prefeitura, dos empresários da companhia Melhoramento e Resistência. Primeiro melhoraria o sistema e resistiria ao capital. A empresa foi estadualizada e todo o seu sistema estava integrado com a Telebras¹⁹.

A construção de um sistema nacional de telecomunicações configura-se como um empreendimento complexo em qualquer país²⁰. No caso do Brasil, por conta da dimensão territorial, a capilaridade de tal obra de engenharia envolveu uma complexa arquitetura jurídica, que somente pode ser realizado por meio de uma política de Estado desenvolvimentista. Não seria mais possível trabalhar com pequenas concessionárias, atribuídas a investidores estrangeiros, no Rio de Janeiro ou São Paulo. Seria necessária a construção de um conglomerado tecnológico e financeiro para gerir tal sistema. Ele nasceu com a construção de uma empresa para relação com o mundo exterior: a Embratel. Posteriormente, as diversas empresas pulverizadas foram sendo absorvidas por uma empresa “holding”, denominada Telebras S/A. Para organizar tal sistema do ponto de vista econômico e funcional, foi construída uma legislação específica para o setor, denominada de “Código Brasileiro de Telecomunicações” (Lei n. 4.117, de 1962).

19 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 131.

20 Um bom exemplo pode ser retirado dos países africanos, que estão organizando sistemas de telecomunicações. O caso de Angola é especificamente rico, já que a infraestrutura do país foi devastada pela guerra civil. Sobre meios para atração de investimentos em Angola, confira: OSÓRIO, Paula; TODO BOM, Luís. Parcerias público-privadas em Angola. Revista Economia Global e Gestão, v. 13, n. 2, p. 27-41, 2008.

1.1.3 Uma tentativa anterior de privatização: 1988-1990

Antes do processo de privatizações das empresas de telecomunicações, efetivado pelo governo do presidente Fernando Henrique, houve uma tentativa preliminar de transferir a gestão destes serviços para a senda privada. De acordo com um dos entrevistados, o tema se manteve na pauta de interesses empresariais desde a Assembleia Nacional Constituinte, de 1988:

Em 1988, houve um movimento muito grande para privatizar as telecomunicações. Mas a Assembleia Constituinte teve uma visão bem estatizante e acabou colocando tudo como um monopólio da União. Na revisão constitucional, cinco anos depois, em 1993, foi criada uma associação para defender a privatização. Essa associação recebeu recursos de muitas empresas interessadas na privatização. Eles usaram uma tática muito interessante. Eles colocaram locutores de rádio para, no meio da programação, fazerem alusões do tipo: “se nós privatizarmos as telecomunicações, o governo passar a investir em educação e saúde, etc.”. Só que, na verdade, era a receita do sistema de telecomunicações que sustentava outras atividades estatais. A receita do Fundo Nacional de Telecomunicações serviu para desenvolver o tanque “Urutu”, o caça AMX e uma série de outras coisas. É como uma previdência de investimento que tapava os vários rombos. Um detalhe também interessante daquela defesa, na época, para adquirir simpatia dos potenciais consumidores. Lembre que muito pouca gente tinha telefone, mesmo. Foi informado que, para ter telefone, se pagava uma assinatura básica, se compravam os equipamentos e, por fim, se comprava uma linha por cerca de três mil dólares... O discurso deles era que os consumidores iriam parar de comprar a linha. Eles teriam que usar somente o que usavam. Isso convenceu parte da população que não tinha telefone. Só que o fato de não ter o telefone na época e pagar caro por uma taxa de entrada muito pesada, era uma condicionante em razão de falta de investimento no setor. As baixas tarifas públicas desequilibravam a conta porque o governo tentava controlar a inflação com elas. Então, havia o argumento de que existia aquele selo social que, por um real, você manda uma carta para qualquer canto do país. Existe a mesma coisa para a tarifa social da energia. Haveria também uma tarifa social de telecomunicações. Apesar da campanha, em 93, não se conseguiu quebrar o monopólio²¹.

Esse relato imediatamente transporta o conceito de “longa constituinte”, no qual o Brasil está imerso desde a promulgação da Carta de 1988²². É certo que após uma vintena, o texto foi radicalmente alterado, para se adequar às propostas de transformação econômica do país. A síntese destas tentativas é que não havia um cenário que permitisse a realização das

21 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 132.

22 COUTO, Cláudio Gonçalves. A longa constituinte: reforma do Estado e fluidez institucional no Brasil. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 41, n. 1, 1998, p. 51-86. Também: ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. A Constituição sem fim. In: PRAÇA, Sérgio (org.); DINIZ, Simone (org.). **Vinte anos de Constituição**. São Paulo: Paulus, 2008, p. 31-60.

vendas. Por diversos motivos. Outro analista do setor de telecomunicações relatou o conjunto de tentativas, posteriores ao período de redemocratização, para privatizar o sistema Telebras. Ela foi frustrada por que não havia condições internas para realização das vendas. É interessante notar que ele menciona como o Poder Judiciário teve um papel suplementar para evitar a realização dos leilões naquele momento:

O Brasil viveu uma situação pitoresca nesse processo porque isso devia ter começado com o Tancredo. Quando ele disse: “é proibido gastar”, que foi o seu discurso de presidente eleito. A frase que foi manchete em todos os jornais foi: “é proibido gastar”. O arrocho orçamentário, fiscal, estava sinalizado ali. Era o Dornelles que seria ser o Ministro da Fazenda dele. O Tancredo morreu. O Sarney assumiu sem nenhuma legitimidade. Depois, assistimos uma loucura no Plano Cruzado: o Brasil tornou-se heterodoxo num mundo cada vez mais ortodoxo, do ponto de vista da gestão macroeconômica. Com o nosso primeiro Presidente eleito, que foi o Collor, iniciou-se um processo ortodoxo de abertura da economia e de privatização. Já se falava em Telecom, naquele período. Tenta-se abrir a banda B, naquele período. [...] Tentou-se o começo das privatizações nas telecomunicações pela telefonia móvel. Seria feito ao se abrir a banda B para empresas privadas. Todavia, os Tribunais impediram. Só que o Collor foi expulso do poder! O Itamar veio... Nacionalista! Então o Brasil é um país neoliberal tardio. Certo? Um caso único para os países do porte do Brasil... Essa nova postura macroeconômica e de gestão de Estado vai somente ocorrer com o Fernando Henrique. Ocorreu de um jeito envergonhado, porque ocorre com um partido social-democrata. Com várias figuras tradicionais da esquerda. É curioso isso... É um processo muito singular, do ponto de vista política. É um processo de liberalizações, desestatizações. O caso brasileiro é um caso muito singular. Ele é bastante diferente da Argentina, do Chile e do México. É só olhar para a América Latina. Sem contar os outros cenários, como o europeu²³.

Vale resgatar o trecho específico da longa citação transcrita acima: “Já se falava em Telecom, naquele período. Tenta-se abrir a banda B, naquele período. [...] Tentou-se o começo das privatizações nas telecomunicações pela telefonia móvel. Seria feito ao se abrir a banda B para empresas privadas. Todavia, os Tribunais impediram”. Por que isso ocorreu. Ao final do capítulo, isso ficaria evidente. A pedra angular do processo de privatização era a realização de mudanças constitucionais.

A ideia dos propagadores, naquele momento, não era privatizar o sistema inteiro. Era permitir que a nascente telefonia móvel nascesse sob a égide de prestadoras privadas. No entanto, a leitura judiciária era a de que existia um monopólio – fixado constitucionalmente – da União na prestação de tais serviços de telecomunicações. De fato, o sistema jurídico brasileiro não estava preparado para absorver uma alteração interpretativa que fosse tão

23 MURILO CÉSAR RAMOS, pesquisador do setor de telecomunicações (UnB) e coordenador na formação do corpo técnico da ANATEL, entrevista, Brasília, 15 out. 2006. Ficha 116.

radical quanto a quebra de um monopólio por meio da exegese normativa²⁴. Uma nota específica é que, no caso americano, a legislação consolidou políticas públicas que foram colocadas em marcha a partir de um processo longo. Assim, a construção do “Telecommunications Act”, de 1996, pode ser encarada como a assunção de regras estatais fixadas a partir de uma regulamentação dinâmica e gradual²⁵.

A privatização das telecomunicações haveria de esperar pelo primeiro termo do presidente Fernando Henrique Cardoso; como parte de um projeto mais amplo de reorganização do Estado brasileiro.

1.1.4 Plano Diretor para Reforma do Aparelho do Estado, 1995

Para compreender as alterações havidas no aparelho do Estado, durante a gestão de Fernando Henrique Cardoso, é importante entender a tentativa de implementação de uma reforma administrativa, organizada em conjunto com uma reforma do Estado. Os termos “reforma administrativa” e “reforma do Estado” não são sinônimos. A noção de reforma do Estado, vigente na década de 90 nos países latino-americanos, estava relacionada com uma reorientação maior do Estado e da sociedade em meio a um processo social de liberalização. Enquanto a democratização, com a retomada da regular vida partidária e eleições gerais, é um aspecto imediatamente perceptível, existem outras características dispersas de liberalização. Uma delas é o aparecimento de um setor organizado da vida civil, com o incremento do espírito associativista. Quando a designação “reforma do Estado” é usada pelo seu Ministro-ideólogo, Luiz Carlos Bresser-Pereira, no Brasil, o objetivo é designar o reajuste entre o

²⁴ Contudo, nos Estados Unidos da América, a quebra do monopólio da American Telephone and Telegraph (AT&T) foi realizada por meio de um longo processo de interpretação do ente regulador (“Federal Communications Commission”) e do Poder Judiciário federal. Para mais dados sobre essa história: BROCK, Gerald W. **Telecommunications policy for the (certifique-se desta inicial maiúscula em internet, já que o restante das palavras está em minúsculas)Internet age**. Cambridge, MA: Harcard University Press, 1994, cap. 7 e seg.

²⁵ Sobre o processo de construção do *Telecommunications’ Act* – e seu conteúdo –, cf. AUFDERHEIDE, Patricia. **Communications policy and the public interest: the Telecommunications Act of 1996**. New York: Guilford Press, 1999.

Estado, a sociedade organizada e o setor produtivo²⁶. Deste modo, não é equivocado considerar que a reforma do Estado, exposta nestes termos, foi uma tentativa do então-governo federal de reorganizar tanto a sociedade quanto a economia nacional. O referido ministro publicou um artigo de balanço daquele plano de reforma, fixado em 1995. Ele ponderou que a referida reforma foi exitosa em “termos conceituais”²⁷. Esse diagnóstico fazia sentido, tendo em vista que a referida reforma obteve mais resultados enquanto proposta teórica do que como efetividade institucional. A construção das agências reguladoras, entendida como uma parte necessária para o sucesso das privatizações, foi realizada, como será descrito posteriormente. Todavia, mesmo os envolvidos naquele processo de privatização e construção buscaram, depois, se desvencilhar do Plano Diretor como um elemento de direção do projeto:

Não houve relação direta com a supervisão do MARE [Ministério da Administração e Reforma do Estado] no processo. A concepção desse processo de privatização foi gerada no próprio Ministério das Comunicações, com base em estudos que foram realizados. Está certo que ouvimos o MARE e tudo mais. Mas não teve influência deles, não. O processo foi conduzido mesmo pelo Ministro Sérgio Motta. E, depois da sua morte, pelo Ministro Mendonça de Barros²⁸.

Para que seja entendido o fenômeno das privatizações e da abertura de segmentos econômicos à exploração privada, como o de telecomunicações, cabe compreender o PDRAE. Desde o início do governo, já estava claro que havia um plano para realização de uma reforma administrativa, ainda que o mentor deste projeto fosse Luiz Carlos Bresser-Pereira. Já nos dois primeiros meses de governo, ou seja, em janeiro e fevereiro, foram publicados alguns artigos em jornais de grande circulação acerca do tema, de lavra do nomeado ministro. O Plano Diretor foi aprovado um pouco mais tarde, mas refletiu algumas linhas já traçadas previamente. O centro do projeto consistia em uma reorientação conceitual das várias frações organizacionais que compõem o aparelho do Estado brasileiro. Deste modo, sua inspiração estava em buscar conceitos que estavam presentes no sistema administrativo do Decreto-Lei

26 A obra de referência é: Bresser-Pereira, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: Editora 34, 1998.

27 Bresser-Pereira, Luiz Carlos. A Reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista Brasileira de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, 2000, p. 07-26.

28 ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 45.

n. 200, de 1967, em confronto com o texto constitucional de 1988²⁹. Este era visto como equivocado e fruto de um anseio estatista dos constituintes. Podemos entender que o projeto se compunha de uma separação dos setores estatais em três conjuntos. O primeiro seria o Estado, propriamente considerado, com servidores concursados e sistema administrativo estatutário. Ele seria subdividido em dois subsetores. Um para o designado núcleo estratégico, e outro para as atividades exclusivas de Estado. O segundo conjunto seria o das atividades não-exclusivas de Estado, que seriam relacionadas com serviços de cultura, educação, saúde, produção científica e tecnológica, etc. Por fim, o terceiro e último seria o da produção para o mercado. Neste caso, ficariam todos os setores produtivos. Enquanto nas atividades estatais, a questão central seria a separação da máquina em duas classes diferentes, nos outros setores, ficava clara a tendência de desobrigação do aparelho estatal de prover, diretamente, serviços e produtos. Para tanto, o PDRAE dispunha de algumas estratégias de ação e previa a construção de novos modelos de instituições.

Quadro 1 – Setores do Aparelho do Estado (PDRAE) e soluções propostas

Setor	Núcleo estratégico	Atividades exclusivas	Serviços não-exclusivos	Produção para o mercado
Composição	Legislativo, Judiciário, Presidência, Cúpula dos Ministérios, Ministério Público	Regulamentação, Fiscalização, Fomento, Segurança Pública, Seguridade Social Básica	Universidades, Hospitais, Centros de Pesquisa, Museus	Empresas Estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista)
Solução proposta	Tratamento preferencial	Reorganização por meio do modelo de agências executivas	Publicização (transformação em organizações sociais)	Privatização, quando for o caso. Regulação por meio de agências reguladoras

Fonte: BRASIL: Presidência da República. **Plano Diretor para Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível: <http://www.planalto.gov.br>.

Na prática, pode-se considerar que o tratamento preferencial, do ponto de vista formal, para a administração direta, em lugar da indireta, não ocorreu. Tampouco, as instituições federais produtoras de serviços não-exclusivos foram convertidas em organizações sociais, em larga escala. Apenas alguns institutos do Ministério da Ciência e Tecnologia, por motivos peculiares, aderiram. As agências executivas também não passaram da fase de projeto. Uma

²⁹ A grande obra sobre a reforma administrativa da Era Vargas: WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **A reforma administrativa da Era de Vargas**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.

ressalva deve ser feita em relação ao modelo anterior de fundações públicas de direito privado, vigente no Brasil até a Constituição de 1988. Este modelo, reconfigurado pela lógica de isonomia, marcou o tratamento jurídico da administração no texto constitucional. Assim, a expectativa marcada no texto era a formação de um único estatuto jurídico para os servidores civis dos três poderes federais (Executivo, Legislativo e Judiciário), bem como um padrão remuneratório e de progressão funcional harmônico. O objetivo era estipular uma diretriz em prol da isonomia geral no serviço público, daí a proposta de regime jurídico único aos servidores. Não seria possível, portanto, possuir regimes diferenciados, baseados em contratos orientados pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em paralelo aos servidores do antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei n. 1.711, de 28 out. 1952). Ao fim e ao cabo dos debates, a tentativa de conversão de diversas instituições para o modelo das agências executivas demonstrou-se uma quimera. Não produziu efeitos de diferenciá-las do sistema geral por falta de amparo constitucional. Mesmo a tentativa de aprovação de outro regime jurídico, baseado na CLT e válido apenas para os novos ingressantes no serviço público, não se sustentou. A Lei n. 9.962, de 22 fev. 2000, não foi recepcionada pelo ordenamento jurídico nacional, apesar de não ter sido declarada inconstitucional. Ela somente não produziu efeitos. Assim, ao fim do duplo mandato presidencial de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), apenas uma das estratégias teve pleno desenvolvimento: a combinação de privatização com a aplicação prática do modelo de agência reguladora, que interessa especialmente o presente trabalho. No entanto, para entender o modelo geral de agência reguladora, especialmente no segmento de telecomunicações, é necessário retornar ao processo de privatizações.

1.2 As privatizações como parte da reforma do Estado

As privatizações já vinham ocorrendo em diversos setores que não contavam com previsão constitucional para o seu funcionamento. Caso exemplar foi o composto pelas indústrias siderúrgicas, sendo que a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) figurou como o seu mais visível exemplo. Por ocasião da venda daquela empresa, os trabalhadores organizaram um ato, reprimido pelo governo federal, que ocasionou a morte de alguns empregados. O setor petroquímico foi outro segmento industrial amplamente privatizado. A

holding Petrobras S/A se desfez de diversas subsidiárias que tinham esta atividade econômica como horizonte.

O conceito de privatização é referido, inicialmente, à política econômica. Ele é traduzido em termos jurídicos pelo Programa Nacional de Desestatização (PND), normalizado pela Lei n. 8.031, de 12 abr. 1990. Em certo sentido, o Programa visava organizar e coordenar as práticas de venda dos ativos e do controle de determinadas empresas estatais, bem como fomentar a entrada de investimentos privados em determinados setores da economia nacional. Naquele primeiro momento, o horizonte estava direcionado para a privatização de empresas que eram “controladas, direta ou indiretamente, pela União e instituídas por lei ou ato do Poder Executivo” (art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.031, de 1990) ou, que haviam sido “criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle, direto ou indireto, da União” (art. 2º, inciso II, da mesma norma). Ainda, a referida lei poderia ser utilizada como permissão legal para “[...] à alienação das participações minoritárias diretas e indiretas da União, no capital social de quaisquer outras empresas” (art. 2º, §2º, da norma); ou seja, poderia ser alienada qualquer participação da União como acionista, fosse minoritária ou majoritária, fosse esta participação em empresa criada, ou em empreendimento encampado por qualquer motivo histórico. O conceito de privatização foi definido, naquele diploma legal, da seguinte forma: “[...] a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade” (art. 2º, §1º, da Lei).

A Lei n. 8.031, de 1990, não se imiscuiu em autorizar a venda de ativos da União em segmentos econômicos protegidos constitucionalmente. Assim, o §3º desta lei estipulava que seus dispositivos não eram aplicáveis para diversos setores, os quais deveriam permanecer exploráveis diretamente, ou por meio de delegação, pela União federal. Assim, estavam considerados aqueles inscritos no art. 21, da Carta. Podem ser listados os serviços postais e o correio aéreo nacional (art. 21, X), os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e os demais serviços públicos de telecomunicações (art. 21, XI, modificado, posteriormente, pela Emenda Constitucional n. 09, de 1995). Além destes, o inciso XII, do mesmo artigo, estabelecia a possibilidade de delegação na prestação e exploração de vários serviços ou sistemas, dentre os quais: radiodifusão sonora e de imagens; a exploração de energia energética em cursos de água (usinas hidroelétricas); e, por fim, a infraestrutura de transportes (navegação aérea, aeroespacial, portos, explorados sempre pela União; e malha ferroviária, aquaviária ou rodoviária, apenas quando fossem de caráter interestadual e internacional).

Com isso, ficavam excluídos os bancos de desenvolvimento regional – como o Banco do Nordeste do Brasil S/A e o Banco da Amazônia S/A – e, passíveis de inclusão no art. 159, I, “c”, da Constituição. O art. 177, Constituição, fixa o regime de monopólios na exploração do petróleo e de minérios nucleares da União. Ele foi modificado pela Emenda Constitucional n. 09, de 1995, para permitir o aporte de empresas privadas ao setor petrolífero, apesar da Petrobras S/A ter continuado como empresa estatal. A exploração e lavra de minérios nucleares foi mantida na esfera exclusiva da União federal. Cabe frisar que uma Emenda anterior, de n. 06, no mesmo ano, havia aberto a exploração mineral aos empreendimentos privados.

O sistema financeiro-bancário constitui um caso muito específico para análise. A Lei n. 8.031, de 1990, excluiu o sistema de autorização para seguradoras, bem como a manutenção do sistema de resseguros no Brasil, previsto no art. 192, II, da Constituição. Entretanto, este capítulo, que possuía oito incisos e três parágrafos, todos estipulativos sobre conteúdos que deveriam ser tratados por lei complementar posterior, foi simplificado para manutenção apenas de seu “caput” pela Emenda Constitucional n. 40, de 2003. O inciso II já havia sido objeto de uma pequena modificação no ano de 1996, por meio da Emenda Constitucional nº 13, de 1996. Além destes segmentos, a lei mencionada excluía expressamente a empresa controladora do Banco do Brasil S/A e também o monopólio do petróleo. A referida norma previa, ainda, que a participação acionária na empresa controladora Petrobras S/A continuava regida pelas disposições legais anteriores. Em outras palavras, excluía-se a possibilidade de que a Petrobras fosse arrolada no PND. A Lei n. 8.031, de 1990, foi revogada expressamente pela Lei n. 9.491, de 09 de setembro de 1997, que reorganizou o programa em outras bases, condizentes com o PDRAE. Entretanto, os motivos formalmente instituídos pela lei anterior continuavam os mesmos, ou seja:

Quadro 2 – Objetivos da Desestatização nas duas Leis de regência

Lei n. 8.031, de 1990.	Lei n. 9.491, de 1997.
Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:	Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:
I – reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo atividades indevidamente exploradas pelo setor público à iniciativa privada;	I – reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; [mantido idêntico]
II – contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;	II – contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

Lei n. 8.031, de 1990.	Lei n. 9.491, de 1997.
	[maior elaboração, de caráter técnico, mas mantido em sentido]
III – permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que viessem a ser transferidas à iniciativa privada;	III – permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; [mantido idêntico]
IV – contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;	IV – contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; [maior elaboração, de caráter técnico, mas mantido em sentido]
V – permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;	V – permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; [mantido idêntico]
VI – contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.	VI – contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa. [mantido idêntico]

A nova norma atribuía um significado mais amplo ao conceito de privatização, que passava a ser definido da seguinte forma:

Art. 2º [...]

§1º Considera-se desestatização:

- a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;
- b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.
- c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

Ressalte-se que, posteriormente, por meio de Medida Provisória n. 2.161-35, de 2001, foi inserida, no conceito de desestatização, a possível transferência de direitos de bens móveis e imóveis. Tal ocorreu pelo acréscimo de uma alínea ao parágrafo primeiro do art. 2º, da Lei n. 9.491, de 1997. Este acréscimo foi acompanhado da necessária inserção dos bens móveis e imóveis da União no rol de objetos possíveis para desestatização (inclusão do inciso V, no art. 2º, da lei, pela mesma medida provisória). Desta maneira, a referida lei listava os seguintes bens como desestatizáveis:

Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei:

I – empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo;

II – empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União;

III – serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização;

IV – instituições financeiras públicas estaduais que tenham tido as ações de seu capital social desapropriadas, na forma do Decreto-lei n. 2.3221, de 25 de fevereiro de 1987.

V – bens móveis e imóveis da União.

O termo privatização ainda aparecia no diploma legal. Entretanto, ele não mais figurava nos dois primeiros artigos, aparecendo apenas no art. 31, que dizia respeito à uniformização de diversos outros diplomas legais ao contexto da desestatização. Esta modificação era coerente com a nova lei, tendo em vista que o conceito de desestatização deixava de ser um sinônimo para privatização, para alcançar um significado maior de retirada do Estado, não somente de setores econômicos, mas também da economia em um sentido mais amplo, pela venda de imóveis, por exemplo. A proteção constitucional a determinados setores continuava. Mas havia sido modificada porque, em 1995, foram realizadas diversas Emendas Constitucionais ao texto original para permitir a inclusão de alguns segmentos econômicos no rol das desestatizações:

Art. 3º Não se aplicam os dispositivos desta Lei ao Banco do Brasil S.A., à Caixa Econômica Federal, e a empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de que tratam os incisos IX e XXII do art. 21 e a alínea “c” do inciso I do art. 159 e o art. 177 da Constituição Federal, não se aplicando a vedação aqui prevista às participações acionárias detidas por essas entidades, desde que não incida restrição legal à alienação das referidas participações.

Esta agenda de mudanças, que atingiu o Brasil, teve equivalentes em diversos outros países da América Latina e da Europa. O processo, em sentido mais amplo pode ser compreendido como uma liberalização dos mercados de telecomunicações. No dizer de um ex-dirigente da ANATEL:

Isso [privatização e liberalização] vinha acontecendo no mundo... Começou nos Estados Unidos. Poucos países seguiram o exemplo dos Estados Unidos. Desde trinta, passaram-se cinquenta anos até que alguém comesse a fazer alguma coisa semelhante. Então, veio a década de oitenta e isso começou na Europa, começou no Reino Unido, o Reino Unido criou o órgão regulador de telecomunicações, que era o OFTEL e começou a desregular o setor de comunicações. Foi privatizada a British Telecom e essa máquina começou a andar no mundo todo. A União

Internacional de Telecomunicações estudou o assunto e chegou à conclusão que para o desenvolvimento do setor de telecomunicações, aquilo era uma solução administrativa organizacional importante. Logo, ela começou a desenvolver estudos sobre vários países nesse assunto. Essa coisa começou a se desenvolver a partir da década de 80, e foi tomando corpo no ambiente de telecomunicações internacional³⁰.

As estratégias de desestatização, apesar de relacionadas com um processo global, variaram conforme especificidades nacionais, também. Aliás, o surgimento do termo jurídico de “desestatização” foi um produto tipicamente nacional para tentar excluir um termo negativo (privatização) do vocabulário técnico e jurídico. Um problema político similar ocorre com o termo burocracia que possui um significado social e político bem diferente da sua origem técnica. Em textos tradicionais sobre esse conceito, o seu significado remonta à teoria de Max Weber e à compreensão da racionalização procedimental do Estado moderno. No cotidiano, o conceito foi re-significado o avultar de procedimentos inúteis e ineficiência funcional. A fala de um dos entrevistados demonstra a busca por um novo termo:

Nós tínhamos um sistema de telecomunicações estatal. O pessoal fala em privatizar. Eu não uso esse termo. Eu falo em desestatizar ou acabar com monopólios. O fenômeno, na verdade, é que o Estado precisava investir em infraestrutura para poder acompanhar o sistema globalizado. Para inserir o Brasil no mundo das informações, de uma forma genérica. Ele não dispunha desses recursos. Logo, não iria fazê-lo. O governo queria ter outras prioridades como, por exemplo, na área de educação, saúde e tantas outras coisas... Fora o que “sai pelo ladrão”, literalmente [risos]... Assim, o Estado não dispunha de mecanismos para isso. Então, havia um movimento mundial para resolver esse dilema... A solução era desestatizar o Estado. Ele [o sistema de telecomunicações] foi criado nessa forma de monopólio. O Estado deveria ter controle. Era uma coisa nacionalista. Era uma coisa de necessidade e de controle estatal... Tal qual aquela história da razão do monopólio do correio. [...]. Então, para o Estado era uma questão estratégica, da mesma forma que o espaço aéreo. A parte de frequência terminou numa discussão³¹.

Vale indicar que a privatização do sistema de telecomunicações da Argentina ocorreu antes da “desestatização” do sistema brasileiro³²:

30 RENATO NAVARRO GUERREIRO, antigo dirigente do Ministério das Comunicações e antigo Presidente da ANATEL, Entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006. Ficha 68.

31 ALEXANDRE JOBIM, advogado do setor e membro do Conselho Consultivo da ANATEL, entrevista, Brasília, 18 out. 2006. Ficha 90.

32 Um texto crítico sobre o processo argentino pode ser acessado em: ABELES, Martín; FORCINITO, Karina; SCHORR, Martín. **El oligopólio telefónico argentino frente a la liberalización del mercado**. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes / FLACSO / IDEP, 2001.

Uma coisa interessante é que nossa privatização veio depois da tentativa de privatização na Argentina. Na Argentina foi feita uma primeira tentativa, que não foi bem sucedida porque as tarifas estavam lá em baixo. Essa experiência foi levada em consideração. O Ministério fez um trabalho muito grande, de 95 até 98, no sentido de reequilibrar as tarifas brasileiras. Eu tenho um amigo que participou muito ativamente nesse processo na época. Ele dizia: “se tivessem dado para o sistema Telebras as tarifas que temos hoje, nós não teríamos tido problemas”. A grande reclamação do sistema estatal é de que não tinha a concorrência; mas uma das teses que existia em 1993 era de você manter o sistema estatal e quebrar apenas o monopólio e deixar que o sistema privado se instalasse em regime de competição. Aliás, como foi feito com a Petrobras, exatamente. Só que tem um detalhe... para os empresários, isso era muito complicado. Você acha que eles queriam concorrer contra uma estrutura já montada e contra todo o capital já investido? Claro que era mais interessante a privatização, como um todo³³.

Os demais países da América Latina, incluindo o México, realizaram a venda de empresas e a liberalização dos seus mercados à concorrência privada, mais ou menos no mesmo período. Após as várias “reformas estatais”, alguns conglomerados empresariais começaram a se mostrar na região, com destaque para a estatal Telefônica de Espanha, que se tornou hegemônica em vários países, com uma expressiva participação no mercado brasileiro³⁴. No caso dos países europeus, vale lembrar que a Comunidade Europeia aprovou uma diretiva para fomentar a liberalização do mercado de telecomunicações³⁵. Todavia, tal diretiva foi tardia. Já havia experiências nacionais de privatização e liberalização anteriores, como no Reino Unido. Isso fez com que os europeus estivessem mais preparados para atuar nas privatizações e na disputa pelos mercados da América Latina:

Quem é que adquiriu as estatais brasileiras? Na verdade foram as estatais europeias telefônica, especialmente, da Espanha e de Portugal. Sobre porque não houve americanos nessa história. Não acho que seja por nada demais. Creio que eles até vieram. Só que não estavam preparados para a privatização brasileira. Nos leilões, eles participaram. Mas acho que eles não vieram com a preparação que os europeus tinham. Por exemplo, três anos antes da privatização brasileira, a Telefônica da Espanha abriu o capital dela na Europa. Ela fez capitalização. Ela buscou recursos já em preparação para essas privatizações na América Latina. O trabalho que a Europa já estava fazendo, na época, com relação à estruturação do mercado comum europeu... Eu acho que isso propiciou também uma visão mais ampla do mercado. Eles já estavam alavancando capital há um bom tempo. Aliás, não só para a área de telecomunicações, mas também para energia elétrica. Veja que, no Brasil, a participação deles foi muito grande no mercado de energia. Outro bom exemplo é o

33 EVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 133.

34 MARTÍNEZ, Gabriela. **Latin American telecommunications: Telefónica's conquest**. Lanham, MD: Lexington Books, 2008.

35 O processo europeu é descrito com proficiência em: LIASSEN, Kjell (Ed.); SJØVAAG, Marit (Ed.). **European telecommunications liberalisation**. London: Routledge, 1999.

setor bancário. Se você pensar bem, os bancos europeus entraram muito no Brasil e na América Latina. Foi tudo no mesmo período. Acho que isso está muito atrelado com a uma reestruturação econômica continental que eles tiveram³⁶.

Aliás, o curioso é que o modelo de agências reguladoras, como será demonstrado no próximo capítulo, teria – no discurso dos juristas brasileiros – inspiração abstrata nas “*independent agencies*” dos EUA. Porém, segundo relatos dos envolvidos no processo, a transposição do modelo passou pela formatação de padrões, tendo como laboratório os países europeus:

Nós vamos herdar o processo por meio das privatizações europeias. Logo, a ideia de agência reguladora brasileira não é uma americanização. O que houve na Europa explica parte do que ocorreu aqui. Mas esse é o ambiente. Foi assim. A reforma do Estado. A desestatização dos setores da infraestrutura. Em telecomunicações, radicalmente. Na energia elétrica, sob certas condições. No Petróleo, minimamente. No saneamento, não se avançou quase nada... A mais ousada das privatizações foi a das telecomunicações, na qual a decisão presidencial foi de abertura para 100% de capital estrangeiro. Eu não sei se eu vou mencionar o nome... Talvez eu mencione porque isso me foi dito, de novo, três semanas atrás em São Paulo. Um dos artífices do projeto tem o arrependimento profundo de ter permitido que a privatização fosse tão larga quanto foi. Ele considera que houve afastamento excessivo do Estado³⁷.

No caso brasileiro, uma modificação da constituição era incontornável para viabilizar a pretensão de liberalização em diversos setores. Assim, nestes segmentos, a exploração pela União possuía proteção constitucional e legal ao seu funcionamento. Esta proteção era designada monopólio. A teoria econômica, no século XX, tinha como claro que determinados setores só eram economicamente viáveis por meio da exploração de apenas um prestador. Este era o caso da maior parte das indústrias de rede, dentre as quais, a exploração de serviços de telecomunicações. Em outros setores, o regime monopolista era derivado de concepções relacionadas com o interesse nacional, indicando ser temerário que um explorador privado gerisse tais serviços³⁸. No Brasil, a indústria nuclear ainda possui este estatuto constitucional, baseado neste motivo. Para modificar o panorama de alguns segmentos econômicos foi

36 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 134.

37 MURILO CÉSAR RAMOS, pesquisador do setor de telecomunicações (UnB) e coordenador na formação do corpo técnico da ANATEL, entrevista, Brasília, 15 out. 2006. Ficha 117.

38 Uma rápida digressão sobre a superação desse panorama econômico pode ser acesso em SALGADO, Lucia Helena. **Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional**. Rio de Janeiro: IPEA, 2003 (Texto para discussão, n. 941). Cf. também, SALGADO, Lucia Helena (Ed.); SOROA DA MOTTA, Ronaldo (Ed.). **Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: IPEA, 2005. Em especial a introdução, de lavra dos editores.

necessário alterar o texto constitucional. Foi o caso dos setores de telecomunicações, recursos minerais, produção de gás e petróleo, bem como infraestrutura de transportes (portos, hidrovias e rodovias). Isto foi realizado por meio de Emendas Constitucionais (EC). Dentre estas, cabe relacionar a Emenda Constitucional n. 05, 06, 07, 08 e 09, todas de 1995. No caso das quatro primeiras, todas foram aprovadas em 15 agosto daquele ano, em um grande pacote de reformas econômicas. A Emenda Constitucional n. 05 estipulou a modificação do §2º, do 25, para permitir que a exploração do fornecimento de gás canalizado pudesse ser feita, mediante concessão outorgada pelos governos estaduais, por empresas privadas. Isto permitiu a venda dos ativos de diversas empresas estatais no âmbito daquelas unidades federativas. A Emenda Constitucional n. 06 modificou um dos princípios da ordem econômica. Ao invés de definir a necessidade de tratamento favorecido para as empresas nacionais, determinou-se que as pequenas empresas deveriam ser privilegiadas (art. 170, IX, da Carta). Modificou-se também o regime de exploração de lavras minerais, permitindo sua abertura para empresas privadas, desde que constituídas no país (art. 176, § 2º, do texto constitucional). Já a Emenda Constitucional n. 07 alterou o art. 178, incluindo um parágrafo único, para permitir que a setor de navegação e transportes marítimos e fluviais pudesse, após regulamentação em lei ordinária, ser prestado por embarcações estrangeiras. A última das Emendas do conjunto de 15 de agosto de 1995, de n. 08, dizia respeito ao setor de telecomunicações. Ela alterou o texto constitucional para que pudesse ser realizado o aporte de empresas privadas na prestação daqueles serviços. Antes, tais serviços eram explorados, basicamente, pelas empresas estatais, agrupadas no sistema da Telebras S/A. De forma diversa, ficaram intocadas as concessões de canais de rádios e de televisões (radiodifusão), definidas constitucionalmente no mesmo art. 21, da Carta:

Quadro 3 – Previsão constitucional dos serviços de telecomunicações e radiodifusão

	Serviços de telecomunicações	Serviços de radiodifusão
Texto original (antes da Emenda)	Art. 21. Compete à União: [...] <p>XI – explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União;</p>	Art. 21. Compete à União: [...] <p>XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:</p> <p>a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;</p>
Texto alterado	Art. 21. Compete à União: [...]	Art. 21. Compete à União: [...]

	Serviços de telecomunicações	Serviços de radiodifusão
(depois da Emenda)	XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;	XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

A última Emenda Constitucional daquele ano de 1995 foi a nona alteração no texto. Ela foi promulgada em 09 de novembro de 1995 e teve como objetivo permitir a exploração, por meio de empresas privadas, mediante concessão, tanto da pesquisas de lavra, quanto da extração de petróleo e gás natural. Foi a abertura do setor de petróleo ao investimento de outras empresas, inclusive estrangeiras, que não apenas a Petrobras S/A.

De uma forma geral, todas as alterações referidas tiveram consequências no aparelho do Estado porque, conforme podia ser depreendido do PDRAE, a privatização ou liberalização de cada mercado requeria a formação de uma regulação por meio de agência especializada. Deste modo, o panorama para o posterior processo de agencialização da administração federal começava a ser desenhado. Também com estas medidas foram derrubadas as disposições constitucionais que vedavam a alienação dos ativos da União nestes setores, bem como permitiam a entrada de novos empreendimentos nestes segmentos. Foi constituído, enfim, um quadro normativo para a privatização de diversas áreas. Dentre elas, figurava o setor de telecomunicações. Um exemplo foi a revisão dos institutos jurídicos da concessões e permissões de serviços públicos, por meio da Lei n. 8.987, de 13 fevereiro de 1995. Ela foi completada por outras alterações posteriores, em especial pela Lei n. 9.074, de 07 de julho do mesmo ano. Com a reorganização das concessões seria possível firmar o quadro normativo para que pudesse ser aprofundada a liberalização econômica do país.

Para entender esse processo geral, referido ao caso das telecomunicações, é importante notar que duas intervenções tiveram que ser arquitetadas. A primeira era relacionada com a reorganização empresarial prévia - ou seja, a condição prévia para a privatização do sistema brasileiro de telecomunicações era a reorganização das estatais para a venda. O segundo passo era a construção de um marco legal para gerir – ou, regular, no termo escolhido pela literatura – o sistema após a privatização.

1.2.1 A reestruturação empresarial prévia

Foi necessário efetivar uma reorganização das empresas que seriam privatizadas, preparando-as para a venda. Isso tinha a ver com sua organização societária, bem como tinha a ver com as licenças e as tarifas dos serviços que prestavam. Nesse último caso, o depoimento de um dos envolvidos nessas operações demonstra que não bastava vender as empresas, era preciso reorganizar o sistema de tarifas:

Antes da privatização, houve sim uma reestruturação de tarifas. Para você ter uma ideia, em 94 e 95, a assinatura básica estava em torno de 66 centavos. Nessa reestruturação tarifária, ela passou para 10 reais. A partir daí, a cada ano, tinha um método próprio de reajuste da tarifa, era o IGP-DI. Hoje não. Hoje nós temos um índice próprio com os nossos contratos de concessão: o IST (índice setorial de telecomunicações). Ele busca numa cesta de índices, para achar aquele que melhor atenda à sociedade; que seja menor para o cidadão brasileiro. Houve essa revitalização, por assim dizer, financeira e tarifária das empresas do sistema Telebras. Isso foi realmente antes da privatização e se deu em 96 e 97. E quando as empresas foram privatizadas estavam já saudáveis, ou seja, com baixo índice de endividamento.

[...] Mesmo depois da privatização, teve uma fase ruim. No início, ainda na época em que a Embratel era controlada pela MCI. Depois, ela passou pro grupo do Carlos Erzoin, lá pros mexicanos, houve uma injeção de recursos. Mas, apesar de tudo, a Embratel está aí, junto com a Net. Elas se juntaram para fazer o triplo-play: voz, banda-larga e conteúdo. Mas nenhuma empresa depois sofreu o fantasma de uma quebra, de uma insolvência. Nós não temos notícia disso³⁹.

Também foi necessário reorganizar e fundir empresas:

O projeto para o setor de telecomunicações foi definido com uma visão que ia até 2005. Não foi porque 2005 seja um número mágico... Até porque 2005 não é um número mágico [risos]. Não sei se uma numeróloga vai achar alguma coisa [risos]. Mas o horizonte foi colocado até 2005 por um motivo simples. Existiam as empresas e os seus contratos de concessão, com várias datas de vencimento... Como existia com a CTBC [Companhia Telefônica do Brasil Central, Grupo Algar], de Uberlândia... Acho que a Telesp tinha contrato, também... A Telemig tinha, certamente, em Minas... Todavia, algumas empresas tinham, mas nem todas tinham contratos de concessão. O motivo é que alguns contratos de concessão venciam em 2001, 2002 e 2003... Alguma coisa assim. Tinha uma série de regras que a Anatel ainda tinha que desenvolver e colocar em prática para suportar a existência de um contrato de concessão vinte anos, que era o ideal. Era evidente que não dava para a Anatel fazer isso entre novembro de 97 e julho de 98, quando ocorreu a privatização. Além de organizar essa confusão dos contratos, havia um conjunto de regulamentos básicos que precisavam ser feitos... Então, foi definido assim: “vai ser privatizado

³⁹ ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 49.

com um horizonte para 2008, já que há contratos de concessão vencendo até 2007”. A agência tinha que substituir esses contratos de concessão por novos. Então, para não dar reclamação com quem já tem o direito até 2003, havia que fazer o horizonte menor do que vinte anos... A partir daí, foi tudo sendo uniformizado. Então, definiu-se por 2005 porque era um prazo de sete anos, que cobria todos os vencimentos de contrato de concessão existentes na ocasião e dava um prazo de amadurecimento da agência. Seria o período razoável para formar um quadro profissional, bem como para desenvolver uma série de instrumentos que precisariam ser desenvolvidos para suportar um regime de concessão regulado pelo Estado⁴⁰.

As mudanças estavam previstas no plano de governo do candidato eleito, mas não na forma pela qual elas, efetivamente, ocorreram. Um documento preliminar foi produzido pelo secretário de telecomunicações do Ministério das Comunicações, Renato Navarro Guerreiro, que viria a ser o primeiro presidente da Agência Nacional de Telecomunicações, durante e após a privatização do sistema. Segundo o próprio construtor, tal documento foi o seu passaporte para continuar no governo após a eleição do Presidente Fernando Henrique Cardoso:

Eu preparei um plano para, em 95, fazermos a primeira mudança na estrutura de tarifa dos serviços telefônicos fixos. Mas eu ia sair no final de 94, porque eu era um técnico. Eu estava voltando para a Telebrás, porque eu não tinha nenhum conhecimento político. O PSDB tinha ganhado a eleição e ninguém sabia quem seria o ministro das Comunicações. Na expectativa de sair, eu escrevi um documento (PASTE). Eu fiz um diagnóstico da situação das comunicações brasileiras até aquele ano de 94, bem como sugeri uma série de medidas para que o setor de comunicações pudesse avançar. Entre essas medidas, eu falava da necessidade de regulação por meio de uma agência reguladora. Especialmente com a característica de uma agência independente, mas ou menos do jeito que ela ficou. Escrevi esse documento e, no dia que terminei esse documento, eu o dei para um amigo meu, com quem eu me relacionava no Ministério da Fazenda: o Winston Fritsch, professor da FGV e da PUC, do Rio. Ele era o secretário de acompanhamento econômico, no Ministério da Fazenda. Era com quem eu discutia, quando estava no Ministério das Comunicações, como diretor do departamento de tarifas. Eu debatia com ele os aumentos de tarifas. Eu perguntei: “você conhece os caras?” Ele respondeu que os conhecia, em especial, o Paulo Renato Souza. Eu falei: “lê este documento que eu escrevi; é um documento curto, de vinte páginas; se você achar que está legal, encaminha para o Paulo Renato, de modo a chegar onde se deve”. Ele pegou o documento e entregou! Entre dez e quinze de dezembro, eu recebi um telefonema do secretário do Sérgio Motta, pedindo para que eu conversasse com ele. Ele disse que tinha lido o documento, que tinha gostado e queria que eu continuasse no Ministério. Aí, eu topei! Claro que eu fiquei no Ministério⁴¹.

40 RENATO NAVARRO GUERREIRO, antigo dirigente do Ministério das Comunicações e antigo presidente da ANATEL, entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006. Ficha 85.

41 RENATO NAVARRO GUERREIRO, antigo dirigente do Ministério das Comunicações e antigo Presidente da ANATEL, entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006. Ficha 69.

O documento construído por Renato Navarro Guerreiro não é realmente grande. Trata-se de um pequeno diagnóstico, com diretrizes bem claras e diretas sobre o que deveria ser realizado. Deve ser frisado que o documento não mencionava a privatização das empresas. Ao contrário, nele se propunha a reorganização societária, aumentando a escala operacional das várias empresas nos estados para um conjunto de oito empresas regionais:

No setor de serviços públicos de telecomunicações, a estrutura empresarial do Estado - constituída de uma empresa holding (Telebras), controladora de uma operadora de longa distância e de serviços de dados e textos (Embratel) e 27 empresas operadoras estaduais - está exigindo que o modelo seja repensado. A tendência internacional caminha no sentido de unificação das diversas entidades do país envolvidas na prestação dos serviços básicos, como ocorrido, recentemente, na Itália. [...] É, no entanto, recomendável adotar-se uma solução otimizadora, em que algumas empresas viessem a se fundir, tornando o grupo de operadoras menor, aumentando a eficiência e o desempenho nas atividades estratégicas e de administração centralizada, mantendo descentralizadas as atividades operacionais. [...] Nesse caso, seriam constituídas oito empresas de âmbito regional. Em qualquer situação, as empresas estatais exploradoras dos serviços públicos de telecomunicações devem ser vinculadas ao ministério que trate da ação empresarial do Estado, que deve ser diferente daquele ao qual se vincula o órgão regulador⁴².

Para realizar esta empreitada, a primeira medida foi garantir novos espaços para o investimento em telecomunicações no Brasil. Já havia sido realizada uma tentativa de abrir o setor de telecomunicações aos investimentos privados, por meio da concorrência na área de telefonia celular. O mesmo documento, produzido por Renato Navarro Guerreiro, aludia ao fato de forma explícita:

Atualmente, só exploram o serviço móvel celular as empresas concessionárias do serviço público de telecomunicações. Na regulamentação vigente no Brasil, como praticamente em todo mundo, há previsão de dois operadores em cada área, porém, recursos interpostos na justiça levaram a sustar o processo de seleção de um segundo operador⁴³.

No entanto, a tentativa anterior à alteração da Constituição foi infrutífera, já que o entendimento judiciário era claro no sentido de localizar as telecomunicações como essencialmente estatais. Antes da privatização das empresas, portanto, foi realizada a liberalização parcial do setor, por meio de uma nova lei, denominada “lei mínima”:

42 BRASIL: ANATEL; GUERREIRO, Renato Navarro. **Comunicações: infra-estrutura para a revolução da informação**. Brasília: ANATEL, 1994, p. 23.

43 Idem, p. 18.

Chegou-se à conclusão de que se teria que alterar primeiro o quadro constitucional, dando nova redação ao inciso XI do art. 21 para permitir essa desestatização, para que as empresas privadas pudessem, mediante concessão, prestar esse serviço. Foi feita, então, uma Proposta de Emenda Constitucional que resultou na Emenda n. 08 de agosto de 95. (...) O governo [assim] queria [proceder] para mostrar que iria realmente desestatizar o setor, ou seja, que a infraestrutura deveria estar nas mãos da iniciativa privada. Para isso foi feita uma lei de modo a permitir a licitação do serviço móvel celular na banda B. Essa foi a Lei n. 9.295, de 1996. Ela permitiu a competição entre as empresas estatais e as privadas⁴⁴.

A partir desta primeira mudança, foi possível licitar a exploração de faixas para a entrada de empresas privadas para competir com as estatais no segmento da telefonia celular. A telefonia celular vinha sendo provida pelas diversas subsidiárias da Telebras S/A nos Estados. Mas o espectro de radiofrequência permitia que outras empresas pudessem explorar o serviço. Deste modo, foram realizadas licitações para outorga destas novas faixas (banda “B”), bem como para alienação do direito de exploração das já existentes (banda “A”). O argumento existente era o de que o sistema da Telebras não tinha condições para fazer frente aos pesados investimentos necessários ao desenvolvimento deste novo serviço. Tal definição política e jurídica ocorreu por meio da denominada Lei Mínima (n. 9.295, de 19 jul. 1996). As empresas do sistema separaram as operações relativas à telefonia celular em novas empresas, por força do disposto no art. 5º da referida norma. Assim, foram alienadas as empresas estatais já existentes, com suas faixas:

Quadro 4 – Empresas estatais leiloadas, na telefonia celular, e recursos obtidos (banda A)

Empresa e área de cobertura (por Estado da Federação)	Empresa ou grupo vencedor	Valor obtido (R\$)	Ágio sobre o mínimo
Telesp Celular S/A (Estado de São Paulo: capital e interior)	Portugal Telecom	3,587568 bilhões	226,18 %
Tele Sudeste Celular S/A (Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo)	Telefónica de España, Iberdrola (Espanha), NTT (estatal do Japão) e Itochu (Japão)	1,36 bilhões	138,60 %
Telemig Celular S/A (Estado de Minas Gerais)	Consórcio Telepart: Telesystem International (Canadá), Banco Opportunity e fundos de pensão estatais.	756 milhões	228,70 %

44 ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 207.

Empresa e área de cobertura (por Estado da Federação)	Empresa ou grupo vencedor	Valor obtido (R\$)	Ágio sobre o mínimo
Tele Celular Sul S/A (Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul)	Bradesco, Telecom Itália	700 milhões	240,00 %
Tele Nordeste Celular S/A (AL, PE, PA, RN, CE e PI)	Bradesco e Telecom Itália	600 milhões	193,33 %
Tele Leste Celular S/A (BA e SE)	Iberdrola e Telefónica de Espanha	428 milhões	242,40 %
Tele Centro-Oeste Celular S/A (MT, MS, GO, TO, DF, RO e AC)	Splice do Brasil	440 milhões	91,30 %
Tele Norte Celular S/A (MA, PA, AM, RR e AP)	Consórcio Telepart (Telesystem International, Banco Opportunity e fundos de pensão estatais)	Não disponível	Não disponível

Fonte: TAVARES DE ALMEIDA, Maria Hermínia. Revista Brasileira de Economia Política, São Paulo, v. 21, n. 2, 2001 (p. 43-61), p. 51 (a partir de dados jornalísticos); corrigido com informações extraídas de LINHARES PIRES, José Claudio. A reestruturação do setor de telecomunicações no Brasil. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, n. 11, 1999.

As operações de telefonia celular foram separadas, também, em mais dez áreas de concessão do país, que seriam licitadas para novos grupos ou empresas. Desta forma, se estabeleceria um regime de duopólio no serviço móvel celular:

Quadro 5 – Áreas licitadas em telefonia celular e recursos obtidos (denominada banda B)

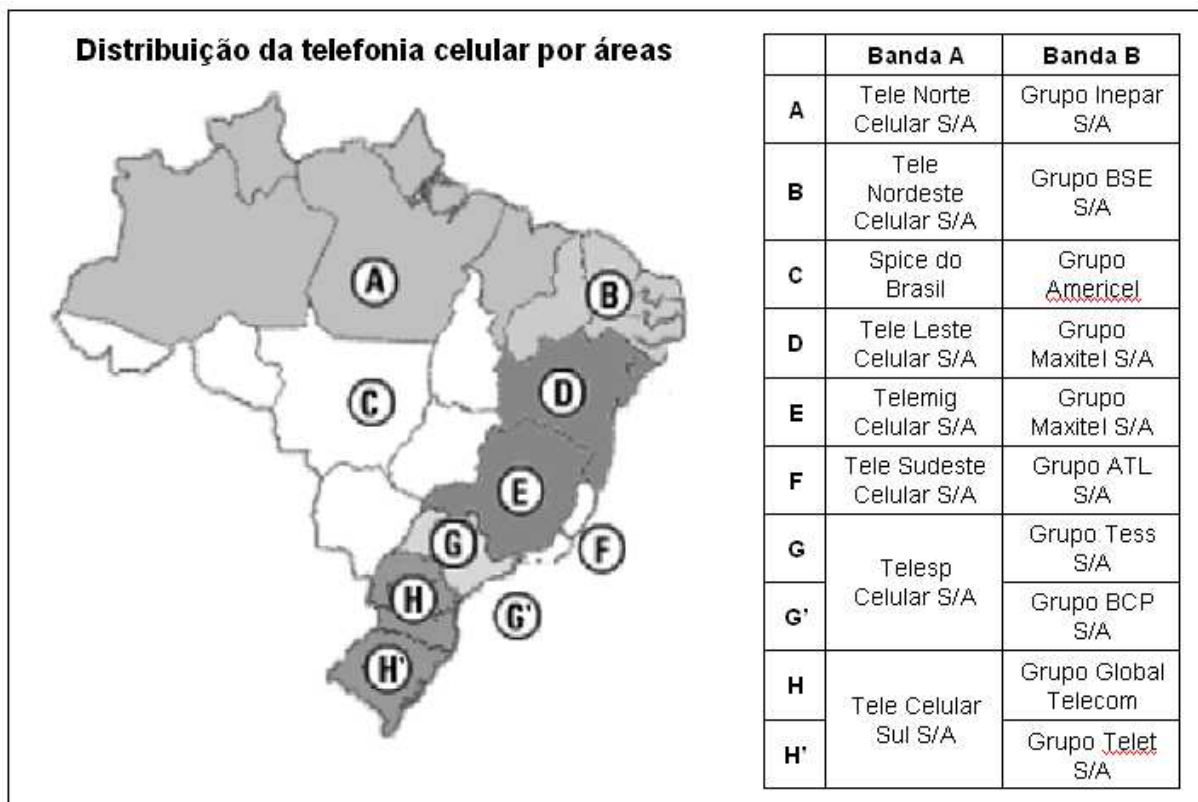
Empresa e área de cobertura (por Estado da Federação)	Empresa ou grupo vencedor
Cidade de São Paulo (SP)	Grupo BCP S/A: Bell South (Estados Unidos), Splice (Brasil), Grupo OESP (Brasil) e Banco Safra (Brasil).
Interior do Estado de São Paulo (SP)	Grupo Tess S/A, formado por: Telia (Suíça), Lightel / Grupo Algar (Brasil) e Eriline (Brasil).
Estados do Rio de Janeiro (RJ) e Espírito Santo (ES)	Grupo ATL S/A, formado por: Lightel / Williams Int. / Grupo Algar (Brasil).
Estado de Minas Gerais (MG)	Grupo Maxitel S/A, formado por: Italia Telecom (Itália) e Vicunha (Brasil).
Estados de Santa Catarina (SC) e Paraná (PR)	Grupo Global Telecom S/A, formado por: Inepar (Brasil), DDI (Japão), Motorola (EUA) e Grupo Suzano (Brasil).
Estado do Rio Grande do Sul (RS)	Grupo Telet S/A, formado por: Telesystem (Canadá), Bell Canadá, Citybank (EUA), Banco Opportunity (Brasil) e fundos de pensão estatais.
Estados de Alagoas (AL), Pernambuco (PE), Pará (PA), Rio Grande do Norte (RN), Ceará (CE) e Piauí (PI)	Grupo BSE S/A, formado por: Bell South (EUA), Splice (Brasil), Grupo OESP (Brasil) e Banco Safra (Brasil).
Estados da Bahia (BA) e Sergipe (SE)	Grupo Maxitel S/A, formado por: Italia Telecom (Itália) e Grupo Vicunha (Brasil).

Empresa e área de cobertura (por Estado da Federação)	Empresa ou grupo vencedor
Estado do Mato Grosso (MT), Mato Grosso do Sul (MS), Goiás (GO), Tocantins (TO), Distrito Federal (DF), Rondônia (RO) e Acre (AC).	Grupo Americel S/A, formado por: Telesystem (Canadá), Bell Canadá, Citybank (EUA), Banco Opportunity (Brasil) e fundos de pensão estatais.
Estados do Maranhão (MA), Pará (PA), Amazonas (AM), Roraima (RR) e Amapá (AP)	Grupo Inepar S/A: Splice (Brasil) e Inepar (Brasil).

Fonte: LINHARES PIRES, José Claudio. A reestruturação do setor de telecomunicações no Brasil. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, n. 11, 1999.

Realizadas as privatizações, a imagem abaixo sintetiza como ficou organizado o regime de concorrência entre as empresas estatais vendidas e os novos grupos empresariais:

Figura 1 – Telefonia celular



Fonte: BOLAÑO, César; MASSAE, Fernanda. Revista Brasileira de Ciências da Comunicação, v. 23, n. 1, jan./jun. 2000, p. 43-55. O original foi bastante modificado para ser evidenciado o sistema de duopólio, agregado com dados de: LINHARES PIRES, José Claudio. A reestruturação do setor de telecomunicações no Brasil. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, n. 11, 1999.

Por fim, vale indicar que, além do setor de telefonia celular, a “lei mínima” trouxe alterações no setor de TV a cabo. As atividades de exploração de televisão por meio de cabo

foram previstas na aurora do novo governo, por meio da Lei n. 8.977, de 06 de jan. 1995. Existia um serviço anterior, denominado DISTV, que consistia na distribuição por meio de cabos de programação, ausente de codificação, oriunda das faixas de VHF e UHF. Ela tinha origem na dificuldade de recepção de sinais de televisão em determinadas localidades e poderia, ou não, ser acrescida de programação local, de acordo com o distribuidor. Este serviço foi absorvido no novo conceito. Entretanto, com esta determinação, diversos pequenos operadores, que não tiveram condições de se atualizar, foram colocados à margem do mercado formal. Este mercado cresceu sobremaneira e foi dominado por grandes empresas da imprensa e do setor de comunicação social. No entanto, o deslocamento de uma força de trabalho qualificada para fora da formalidade, deu azo ao aparecimento do fenômeno da TV a cabo irregular⁴⁵.

Entretanto, a maior mudança viria com a alienação do sistema Telebras S/A. Para efetivar tal transição foi necessário constituir uma força-tarefa sob o comando de um dos mais polêmicos ministros do período, Sergio Motta. Esta força tarefa tinha duas grandes tarefas. A primeira era econômica e tecnológica. Ela consistia em desenhar o novo mercado que seria entregue aos operadores após a privatização. A segunda era jurídica, e consistia em produzir um modelo de agência reguladora que fosse funcional com o sistema administrativo brasileiro e compatível com as diretrizes internacionais sobre como ele deveria ser. As duas tarefas desembocavam na formação de uma nova legislação para o setor privatizado. Esse novo diploma legal foi a Lei Geral de Telecomunicações (LGT, Lei n. 9.472, de 16 jul. 1997).

Antes de explicitar a organização do ente regulador, tarefa do próximo capítulo, cabe entender que houve uma mudança prévia no sistema de concessões e permissões, para possibilitar a transposição da produção de diversos serviços – e a gestão de bens públicos e estatais – por empresas privadas. A nova Lei de Concessões e Permissões, Lei n. 8.987/90.

45 Esse tema não será objeto da presente trabalho. A descrição das mudanças no setor de TV a cabo foi descrita em outro trabalho. Cf. VERONESE, Alexandre; MOUNZER, Samia; NUNES PEREIRA, Daniel. Anotações sobre o furto de sinal de TV a cabo e a regulação administrativa e judicial dos conflitos de telecomunicações. Revista de Direito da Informática e Telecomunicações, v. 6, p. 09-37, 2009.


1.2.2 A reestruturação estatal prévia: concessões e permissões

Há que ser entendido o novo conceito jurídico de concessão, em uma perspectiva mais ampla. Para entender que havia uma dupla ordenação em marcha, é relevante localizar que o modelo de concessão de serviços públicos precisou ser feito de modo a viabilizar a gestão majorada de bens públicos sob controle privado. Assim, não eram somente empresas que passavam ao controle privado. O próprio Estado precisou de novos mecanismos para realizar a tarefa de fiscalizar sua execução, enquanto serviços públicos concedidos. A Lei n. 8.987, serviu para tal intento.

O visível fenômeno de expansão dos vários modelos derivados das agências norte-americanas é sensível em diversos países, notadamente nos países europeus e na América Latina⁴⁶. Nestes Estados, a expansão da função de agências reguladoras está ligada, diretamente, com a privatização das empresas prestadoras de serviços públicos. No passado recente, em um modelo geral – exceptuado o caso dos Estados Unidos –, os setores de infraestrutura eram construídos e geridos por órgãos e empresas estatais. Houve uma clara tendência, a partir dos anos 80, para que estas atividades passassem para a execução de particulares, mediante complexos sistemas de privatização, que envolviam – consequentemente – a formação de novos marcos regulatórios e de diferentes tipos de órgãos estatais reguladores. É possível considerar que há uma certa “americanização” também no sistema de produção de serviços públicos regulados. O que se conclui é que, neste passado recente, anterior ao período de liberalização econômica, os mecanismos decisórios da produção destes serviços públicos eram radicalmente diferentes do modelo necessário para controlar grandes sistemas privatizados. Desta forma, ao passo em que se defendia a privatização, postulava-se que a regulação por meio de agências independentes – no modelo norte-americano, adaptado ao caso brasileiro – seria a solução para a ação estatal eficiente em prol do controle das empresas para defesa dos direitos dos cidadãos. Este modelo foi combinado com uma opção de concessão dos serviços por meio de contrato, que é uma das maneiras de outorgar / autorizar tal prestação:

46 MARTÍNEZ, María Salvador. **Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España**. Barcelona: Ariel, 2002.

Figura 2 – Estratégias diferenciadas de regulação

Como os preços e a qualidade dos serviços são determinados	Estratégia para regulação de monopólios	Exemplos específicos
Solução de mercado	Contratos Privados	
	Contratos de Concessão	Concessão atribuída por competição (licitações, etc.) (modelo brasileiro) Concessão negociada diretamente
	Híbridos	Contratos supervisionado por tribunais especiais (França) Discricionariedade com limites específicos (América Latina) (autorizações brasileiras)
	Regulação Discricionária	Livre entrada com regulação por “price-cap” (Reino Unido) Livre entrada com regulação por custo do serviço (EUA)
Solução política	Empresa Estatal	

Fonte: GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. *Regulating infrastructure: monopoly, contracts, and discretion*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

Contudo, mesmo nos Estados Unidos tal solução não encontrou uma acolhida simples. Isto ocorre porque a ação dos grupos sociais em prol da defesa de interesses coletivos, normalmente, se impõe como uma forma de intervenção na produção de políticas públicas pela vontade dos mais fortes⁴⁷. Em verdade, o fenômeno acentuou-se em períodos recentes, tanto pelo enfraquecimento de organizações de advocacia de interesse público, quanto pela dificuldade nas lides em defesa de interesses individuais. Mas não se pode negar que o contexto de reivindicações judiciais envolveu – diretamente – a produção das políticas públicas para vários setores regulados nos Estados Unidos.

Um dos entrevistados relatou com clareza a necessidade de reconstrução do marco normativo das concessões de serviços públicos como parte do processo de privatização:

A ideia da agência, no direito brasileiro surge desse processo de privatizações. O que ocorreu? Houve a necessidade de reestruturar o papel do Estado num setor econômico que deixou de ser estatal. Ele era um setor do serviço público, ou seja, havia uma concessão do Estado para o Estado. Entretanto, o fundamental é a concessão de serviço público, como ocorre na telefonia fixa. Ela possui características especiais como estar sujeita à universalização, reversibilidade,

47 MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 46, jun. 2001, p. 56-68.

qualidade... Enfim, todos aqueles atributos de um serviço essencial. Em princípio, público na sua essência. Mas que o Estado delega, ou seja, concede a terceiros. Muito bem, se o Estado não vai mais operar diretamente, ele vai ser o Estado regulador. Logo, ele tem de fazer o quê? Ele tem que criar um ente que, no discurso dos artífices, já existia... Tem um livro do Bilac Pinto, de Direito Administrativo, cuja cópia eu ganhei de um dos artífices da privatização... Quem me presenteou dizia: “essa história que você fica dizendo sobre a FCC; isso sempre existiu na nossa realidade e nós trabalhamos com esse documento durante a privatização”. Eu tenho cópia do livro aqui no meu gabinete. É “Concessão de Serviço Público” - é um livro da década de 40, um clássico. O pessoal que fez a privatização no governo Fernando Henrique estudou⁴⁸.

No caso do Brasil, o quadro de fortalecimento de demandas cíveis é crescente, seja na faceta de demandas individuais agregadas, seja na faceta de ações civis públicas. Tal dimensão leva os autores brasileiros a entenderem que há certa “americanização” no processo de produção das políticas públicas por meio da intervenção judicial⁴⁹. A busca pelos investimentos estrangeiros.

A criação da Anatel coincidiu com essa desestatização, enfim. Isso trouxe problemas. Mas qual era o objetivo de tentar arrumar tudo? Era poder existir, naquele momento inicial, certa estabilidade. Nesse contexto de estabilidade, era poder prever os critérios para renovação. Já haver, digamos, uma avaliação do experimento, que pudesse dar vontade e segurança ao investidor e também segurança ao Estado. Que evitasse que um governo viesse a dizer o seguinte: “agora eu quero tudo de volta; há o instituto da reversão; você não quer mais nada, então me devolve que a infraestrutura reconstruída é minha”. E aí, até o Estado poderia querer o seguinte: “agora eu quero criar uma empresa, digamos, estatal para explorar no Piauí, porque aquela empresa não quer mais explorar”. Como o Estado tem a obrigação constitucional de prover esse serviço, porque ele é essencial, eu não tenho dúvida disso. Só que agora o investimento de cinco anos foi feito com a perspectiva de retomar. O Estado poderia fazer isso. Seria, por exemplo, um “downsizing” do privado e a volta do, digamos, público estatal. O Estado poderia retomar para áreas em que o privado não tivesse interesse. Ele poderia, inclusive, fazer dinheiro com isso. Não que necessariamente conseguiria, mas haveria essa possibilidade. Poderia alegar eventuais violações nos contratos e tomar para si de volta essa infraestrutura que está vinculada, especificamente, aos contratos do STFC⁵⁰.

Considere-se sem sombra de dúvidas que este era o maior objetivo do projeto de privatização havido na área de telecomunicações: alavancar a entrada de investimentos

48 MURILO CÉSAR RAMOS, pesquisador do setor de telecomunicações (UnB) e coordenador na formação do corpo técnico da ANATEL, entrevista, Brasília, 15 out. 2006. Ficha 118.

49 MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 16, n. 46, jun. 2001, p. 56-68.

50 ALEXANDRE JOBIM, advogado do setor e membro do Conselho Consultivo da ANATEL, entrevista, Brasília, 18 out. 2006. Ficha 114.

estrangeiros. A entrada de capital do exterior tornou-se um objetivo evidente na política econômica do período. A América Latina estava envolvida na tentativa de atração de investimentos, assim como os países do Leste Europeu. Um texto de dois advogados e gestores da área de telecomunicações, organizado por um ex-diplomata dos Estados Unidos da América, demonstra o espírito da época:

Os países latino-americanos que pretendem privatizar as telecomunicações têm uma única e importante oportunidade. [...] O êxito dependerá de uma abordagem ponderada para introdução de forças do mercado. Todos os participantes no processo de privatização devem interessar-se pelo planejamento da estrutura reguladora e pela função que cabe à entidade reguladora. Para o vendedor, uma planejada estrutura reguladora garantirá que, à rede telefônica básica, é dado o mais alto valor possível e que razoáveis obrigações do serviço público podem ser identificadas e executadas. Para o comprador potencial, a adequada estrutura reguladora garante estabilidade e proteção do investimento⁵¹.

De fato, a literatura jurídica nacional acompanhou esse problema. Carlos Ari Sunfeld, advogado e professor de Direito Administrativo, foi um dos arquitetos da nova Lei Geral de Telecomunicações. Essa lei pode ser dividida em três objetivos. O primeiro era organizar o setor de telecomunicações e substituir as provisões que seriam revogadas da legislação anterior. O segundo era estruturar o órgão regulador – ANATEL – que seria criado. O terceiro, por fim, seria montar as regras dos leilões para a privatização do sistema de telecomunicações. A teleologia da legislação pode ser bem entendida pela seguinte passagem: “no caso das agências reguladoras brasileiras recentes, a outorga de autonomia parece haver objetivado, ao menos inicialmente, oferecer segurança a investidores estrangeiros, atraindo-os para a compra de ativos estatais”⁵².

Essa concepção repercutiu na geração subsequente de juristas.

Um advogado do setor indica a necessidade de se ponderar sobre os riscos existentes nos contratos de concessão, para além da doutrina jurídica tradicional. Ele se escora fartamente nas parcerias público-privadas (concessões nas quais o Estado retribui pecuniariamente o concessionário) para defender a superação da noção de concessão como

51 FOWLER, Mark S.; PISCIOTTA, Aileen Amarandos. A privatização como um objetivo: telecomunicações e reforma reguladora. In: BOEKER, Paul H. (Org.). **Transformações na América Latina: privatização, investimento estrangeiro e crescimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995, p. 141.

52 SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____. (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

modo de outorga da prestação de serviços públicos aos particulares sem riscos econômicos ao Estado:

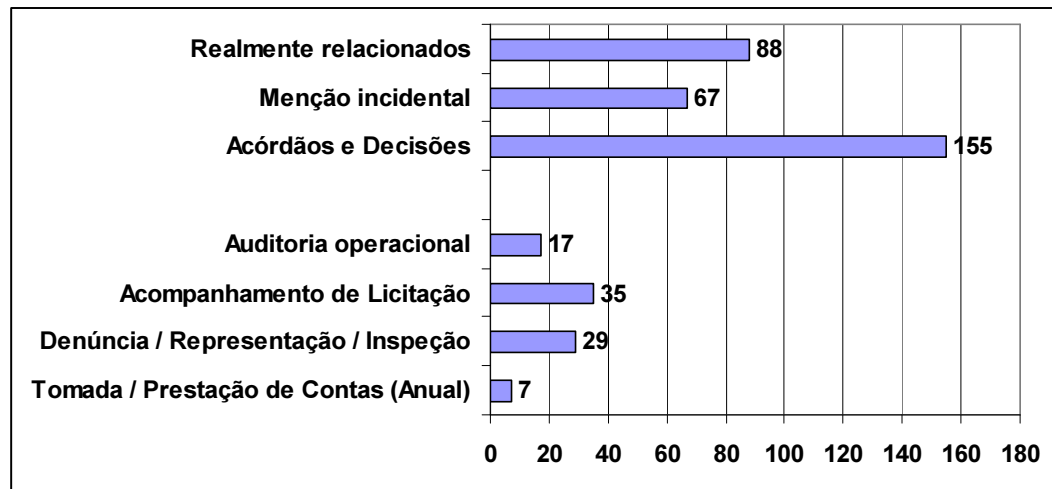
A tendência atual do direito brasileiro e estrangeiro (com a edição de leis que regulam parcerias público-privadas ou com a descoberta de novas espécies de contratos de delegação da gestão dos serviços públicos) é permitir que a administração pública assumira maiores riscos na contratação da concessão ou, dizendo de outra forma, aceitar uma mais acentuada “solidariedade financeira” entre as partes, cercando-se a realização desse tipo de empreendimento de maiores garantias contratuais. A concessão, portanto, deixou de ser (se é que algum dia, na prática, chegou a ser) um contrato que se dá “por conta e risco” exclusivos do concessionário⁵³.

Fica evidente que o conceito de “segurança jurídica” aos investidores vem sendo ampliado paulatinamente. No mesmo passo em que crescem as forças de mercado, também se ampliam as tentativas de interveniência estatal. É curioso notar que o Tribunal de Contas da União começou a se interessar pelo tema e os seus técnicos começaram a produzir metodologias para interveniência nos vários setores regulados. Uma busca no sistema de jurisprudência do TCU indica a existência de uma razoável quantidade de decisões colegiadas sobre telecomunicações. Os vários acórdãos podem ser classificados em quatro rubricas: (1) tomada ou prestação anual de contas (da ANATEL); (2) julgado derivado de denúncia, representação ou inspeção ordinária (derivadas de determinação de outro julgado, verificação de regularidade, por exemplo); (3) acompanhamento de licitação (típico no caso de novos serviços e de faixas do espectro de radiofrequências); e, por fim, (4) auditoria operacional (avaliação ou análise de projetos desenvolvidos no setor; universalização da telefonia fixa, por exemplo). Assim, a busca encontrou 155 (cento e cinquenta e cinco) decisões no sistema⁵⁴. Elas variavam temporalmente do ano de 2002 até 2009. A imagem abaixo sintetiza a classificação.

53 PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006, p. 186-187.

54 A pesquisa foi realizada por mim e por Carolina Dantas de Melo, para ajudar a confecção da sua monografia de conclusão de curso. Cf. DANTAS DE MELO, Carolina Pereira. **O modelo regulatório brasileiro e as dificuldades de sua operacionalização**, 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Universidade Federal Fluminense, 2009 (Or. Alexandre Veronese).

Figura 3 – Processos no Tribunal de Contas da União



Fonte: dados do sistema do TCU. Disponível: <http://www.tcu.gov.br>

É relevante notar que o Tribunal de Contas da União começou a empreender análises em prol da realização dos contratos de concessão, com a formação de metodologias específicas⁵⁵. Esta presença majorada da Corte de Contas no processo regulatório gera opiniões desfavoráveis:

Eu não tenho nenhuma antipatia com o TCU. Todavia, eu acho que ele mais atrapalha do que ajuda. Especialmente com esses radicalismos. Ele assusta o cotidiano da boa gestão, por exemplo. Vamos dizer que ele assusta muito! Claro que tem o lado bom de evitar a corrupção e etc. Mas eu quero dizer o seguinte. Ninguém manda lá dentro, assim, de fora, entendeu? Eles fazem o que querem. Isso eu acho tão fundamental. Há um lado positivo nele. Mas há outro lado que não é tão bom assim⁵⁶.

Assim, uma síntese do fenômeno da situação dos setores privatizados, que pode ter a área de telecomunicações como bom exemplo, é que se expande a tentativa dos vários atores estatais, sociais e econômicos para intervir no seu funcionamento. A Controladoria Geral da

55 Para tanto, basta conferir: GOMES, Marcelo Barros; MACIEL, Marcelo Sobreiro. Lições da especialização do controle externo da regulação de telecomunicações, **Revista do Tribunal de Contas da União**, n. 106, p. 56-68, 2005. Veja em (onde começa o título da obra?) dimensão geral sobre a regulação de infra-estrutura: MARTINS, Paulo Roberto Wiechers; WANDERLEY, Maurício; GOMES, Marcelo Barros; BEMERGUY, Marcelo; PILOTO DE NORONHA, Maridel. Iniciativas do TCU para o aperfeiçoamento do controle externo da regulação, **Revista do Tribunal de Contas da União**, n. 104, p. 32-40, 2005.

56 SÁVIO PINHEIRO, advogado, membro do Conselho Consultivo da ANATEL. Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 39.

União (CGU), ligada ao Poder Executivo, também começou a atuar no controle da execução de políticas públicas, com críticas pelos atores:

Vou te dar um bom exemplo da maldade. A Controladoria Geral da União está habilitada em termos de pessoal e de orçamento. Coisas que as agências não estão. É só um exemplo... Eu soube aí que eles vão, por exemplo, no interior do Amazonas. Chegam lá e medem a distância entre dois orelhões. Vão medindo: “opa; deu 310 metros!”. O máximo aceitável é de 300 metros! Aí, a CGU vai lá e entra com um processo administrativo contra os conselheiros da ANATEL! Veja que a ANATEL não tem recursos para fazer isso. Mas a Controladoria tem. Então, eu acho que isso é um exemplo típico e maquiavélico de sabotagem. É você minar uma agência reguladora! É quase expropriar suas competências. Isso que eu estou dizendo é um fato! Estou te citando um fato ocorrido. Mas não tem como a ANATEL fazer. Ela não tem como mandar um fiscal em tais e tais lugares. É um trabalho gigantesco⁵⁷.

Neste contexto, é de ser perguntado: por que motivo estaria o Poder Judiciário alheio ao diagnosticado movimento contemporâneo? A próxima parte lançará um rápido panorama sobre a segunda fase de privatização, bem como sobre a organização dos serviços privatizados de telecomunicações.

1.3 A privatização do sistema da Telebras S/A

Como visualizados, antes da privatização de um conglomerado empresarial complexo, como era o sistema da Telebrás S/A, a solução vinha sendo aprofundar a abertura do mercado aos novos interessados em investir em infraestrutura. Para tanto, foi realizada a abertura da prestação de serviços em comunicações móveis, com a alienação de partes da companhia.

Cabe lembrar que, no conjunto, se tratava da alienação de uma empresa “holding” com diversas subsidiárias nos vários Estados da federação. O sistema ainda incluía a Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A (Embratel) que, inclusive, dispunha de satélites geoestacionários para a realização de suas atividades.

Seria necessário reorganizar os serviços que seriam prestados pelas novas adquirentes das empresas vendidas. Além de estruturar os contratos de concessão, o Ministério empreendeu o desenho da Lei Geral de Telecomunicações, que reagrupava os vários serviços

⁵⁷ SÁVIO PINHEIRO, advogado, membro do Conselho Consultivo da ANATEL. Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 31.

sob uma ótica diferente da legislação anterior⁵⁸. Além disso, havia que se organizar o ambiente de prestação de dois novos e emergentes serviços adicionados ao sistema: telefonia celular e televisão por cabo.

Em relação aos serviços telefônicos, eles foram divididos em dois tipos.

O primeiro seriam os serviços prestados em regime público, cuja base seria a telefonia fixa comutada (STFC), e cujas empresas seriam objeto da privatização (sistema Telebrás S/A). Estas empresas são as denominadas concessionárias. No jargão do setor, elas também são referidas como incumbentes. Ele designa aquelas empresas que estão com maior poder de mercado, que sejam bem estabelecidas no mercado, ainda que não sejam monopolistas. Os serviços do regime público seriam aqueles considerados essenciais, como a telefonia fixa parecia ser naquele momento. O segundo tipo seria denominado 'regime privado' e aglutinaria todos os outros serviços, inclusive os mesmos serviços de telefonia fixa comutada, quando prestados pelas novas empresas, denominadas no jargão como "entrantes".

Essa diferença entre serviços mostra os dois conceitos que, naquele momento, ordenaram a reorganização: obrigações ao regime público (universalização) e assimetria entre regimes (concorrência).

Após a aprovação da Nova Lei de Telecomunicações, esta estipulava a necessidade de um novo desenho para o sistema, após a privatização. De acordo com o seu art. 18, II, ele seria definido por meio de um Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto n. 2534, de 02 de abril de 1998. Este Decreto dividiu as áreas de prestação das concessionárias, inclusive para os três serviços de telefonia fixa comutada: local, longa distância nacional e longa distância internacional. É necessário frisar que existem duas inovações jurídicas derivadas da formação do novo setor privatizado: as autorizações para prestação de serviços; e a noção de assimetrias regulatórias para incentivar a competição no setor.

⁵⁸ Um bom panorama encontra-se em: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Direito das telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 300-316.

1.3.1 Autorizações e assimetrias regulatórias

De acordo com a nova lei e com o Decreto n. 2534, de 02 de abril de 1998, a maioria dos serviços seriam prestados em regime privado, mediante autorização do poder público, ou seja, do órgão regulador. O art. 3º do decreto é exemplar:

Art. 3o Aos demais serviços de telecomunicações, não mencionados no art. 1o, aplica-se o regime jurídico previsto no Livro III, Título III, da Lei n. 9.472, de 1997.

A exceção seria adstrita aos serviços de telefonia fixa comutada (STFC), que seriam prestados por meio de um regime público, de concessão. Para viabilizar esta diferenciação foi necessário criar dois novos conceitos jurídicos. O primeiro era o conceito de autorização. O segundo era o conceito de assimetria regulatória. Não há como entender a lógica de diferenciação de regimes de prestação de serviços, sem compreender estes dois conceitos preliminares.

O conceito internacional para facultar a prestação de um serviço de telecomunicações é denominado licença (ou, em inglês, “license”). No Brasil, bem como na América Latina, a prestação de um serviço adstrito ao controle estatal, ou seja, regulado, é denominado concessão. Nestes termos, tanto a autorização, quanto a concessão, seriam modos de atribuição da faculdade de prestação de serviços, dada pelo governo. A palavra outorga é referida tão somente à entrega de um direito à exploração. Pode vir acompanhada de algo pré-existente, como uma estrada privatizada, por exemplo. Mas também pode significar apenas a atribuição do direito de exploração de uma atividade econômica por um determinado período. No Brasil, este termo se imiscuiu com a contrapartida financeira do prestador interessado. Desta forma, a noção de outorga foi relacionada com o pagamento de um valor a poder concedente. Vale mencionar que a concessão outorgada aos grupos que compraram as ações das empresas privatizadas não foi acompanhada de pagamento, por força do art. 207 da Lei. A razão era que muitas destas empresas já prestavam os serviços e seriam privatizadas. Logo, não faria sentido que o governo cobrasse o pagamento de uma concessão para si mesmo. Isto somente agravaria o déficit da empresa, aumentando o seu custo de venda. Deve ser localizado que, na renovação prevista em 31 de dezembro de 2005, para as concessões, previstas na Lei, havia pagamento previsto no art. 207, §1º:

Art. 207. No prazo máximo de sessenta dias a contar da publicação desta Lei, as atuais prestadoras do serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral, inclusive as referidas no art. 187 desta Lei, bem como do serviço dos troncos e suas conexões internacionais, deverão pleitear a celebração de contrato de concessão, que será efetivada em até vinte e quatro meses a contar da publicação desta Lei.

§1º A concessão, cujo objeto será determinado em função do plano geral de outorgas, será feita a título gratuito, com termo final fixado para o dia 31 de dezembro de 2005, assegurado o direito à prorrogação única por vinte anos, a título oneroso, desde que observado o disposto no Título II do Livro III desta Lei.

A permissão é apenas uma modalidade de delegação em caráter de urgência, para manter uma concessão cujo prestador teve dificuldades graves, tais como uma falência. Ela é marcada pela transitoriedade. A novidade seria a modalidade de autorização, que não está prevista na Lei de Concessões, que trata das modalidades de delegações administrativas.

Quadro 6 – Modos de atribuição de prestação de serviços

Delegações administrativas (≅ “licenses”)		
Concessão	Permissão	Autorização
Com ou sem bens públicos concedidos	Com ou sem bens públicos concedidos	Sem bens públicos concedidos
Mais obrigações e mais direitos, previstos no termo de concessão e na legislação		Menos obrigações e menos direitos

Fonte: formulação própria.

Deve ser notado que estes serviços aparecem de forma igual ou muito semelhante para o consumidor. Logo, qual a diferença entre os dois regimes? Antes de definir tais diferenças, vale conhecer como eles eram estruturados na legislação antiga, que era mais abrangente. Vale notar que o antigo Código Brasileiro de Telecomunicações, disposto pela Lei n. 4.117, de 28 de agosto de 1967, estruturava os serviços de telecomunicações em: serviços públicos, serviços públicos restritos e serviços limitados. A primeira clivagem relevante é dada pelo fato dos serviços públicos (amplos e restritos) serem franqueados a todos, em princípio. Eles somente eram passíveis de restrição a um grupo específico de usuários quando estivesse disposto na legislação ou nos regulamentos, tal como ocorria no caso da comunicação aérea e naval. Já os serviços limitados tinham por característica o uso particular da infraestrutura de comunicações e do espectro radioelétrico.

Quadro 7 – Classificação das redes de telecomunicações

	Redes abertas e fechadas	Redes fechadas	
Interesse geral	Serviços públicos [irrestritos] (uso do público em geral, de interesse geral, em redes abertas) (1)	Serviços de radiodifusão de sons e imagens (em redes fechadas; mas de interesse geral) (4)	Serviços especiais (uso específico, em redes fechadas; mas de interesse geral) (5)
Interesse geral ou particular	Serviços públicos restritos (uso específico, em redes fechadas; interesse particular; ou uso do público em geral, quando ausente a oferta de serviços públicos em redes abertas) (2)	Serviços limitados (uso específico, em redes fechadas) (6)	
Interesse geral	Serviços de radioamador (uso específico, em redes abertas; mas de interesse geral) (3)		

Fonte: formulação própria.

Os primeiros – (1) serviços públicos de telecomunicações – constituíam o tronco central das comunicações nacionais, basicamente organizados no âmbito dos troncos de telefonia e telegrafia. Os segundos – (2) serviços públicos restritos – estavam organizados em redes privadas, como as de comunicação por rádio de passageiros dos transportes (aéreo, naval e terrestre), mas poderiam ser abertas para o uso do público em geral, em caso de ausência de alcance da rede pública irrestrita. O terceiro grupo (3) de serviços, denominados especiais, eram fruídos por meio de redes fechadas, mas que possuíam alcance ao interesse de todos (como a radiodifusão sonora de sons e imagens; ou seja, televisão e rádio). No quarto grupo (4), rotulados como limitados, eles estavam adstritos aos serviços ou particular, por parte das redes dos condutores dos transportes (aéreo, naval ou terrestre), bem como o serviço rural e demais serviços privados. No quinto grupo (5), os serviços limitados, ficavam alocados os serviços de comunicação entre pequenos grupos, tais como as cooperativas de táxis, por exemplo. O último grupo (6) englobava os serviços de radioamadores.

Esse confuso esquema de definição dos serviços foi bastante e elegantemente simplificado com o advento da nova legislação. Alguns problemas ainda existem, especialmente, a relativa indefinição em relação a um modelo para regular a Internet e o seu desenvolvimento⁵⁹.

⁵⁹ Obviamente, o problema não é somente brasileiro. Cf. MAY, Randolph. **New directions in communications policy**. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2009, em especial os cap. 2 até 4.

Na verdade, a prestação de serviços no regime público apenas se refere ao centro do que realizavam as empresas privatizadas, ou seja, o STFC, local e em longa distância nacional e internacional, prestados pelas concessionárias. O STFC foi reordenado com base na Resolução n. 85, de 30 de dezembro de 1998, ou seja, um pouco depois da privatização. Ele foi objeto de uma nova regulamentação, consolidada na Resolução n. 426, de 09 de dezembro de 2005, por ocasião da renovação dos Contratos de Concessão com as empresas Brasil Telecom, Telemar S/A e Telefónica S/A.

Algumas empresas que foram privatizadas prestavam apenas os serviços de telefonia móvel celular (SMC). Elas haviam sido desdobradas das antigas telefônicas estaduais, antes da edição da nova Lei Geral de Telecomunicações. A solução foi adotar o regime de concessão para estas empresas, que prestariam um serviço que havia sido qualificado como prestado no regime privado. Assim, estava formada uma inconsistência lógica no modelo. Ela foi resolvida pela migração de tais empresas para o sistema de autorização, por meio de um conjunto de Resoluções⁶⁰, da Agência Nacional de Telecomunicações.

Consequentemente, a própria denominação dos serviços foi alterada. Assim o serviço móvel celular (SMC) passou a ser serviço móvel pessoal (SMP). As delegações deixaram o rótulo de concessões para serem renovadas na forma jurídica de autorizações⁶¹. Além desta classificação, a lei estipulava uma separação entre o tipo de interesse no serviço: coletivo ou restrito. O serviço coletivo seria potencialmente relevante e acessível a qualquer usuário. Já os serviços classificados como restritos seriam prestados no interesse de apenas um grupo de interessados (uma cooperativa de táxi, por exemplo). Após esta alteração, os regimes de prestação ficaram organizados do seguinte modo:

60 Resolução nº 226, de 15 jun. 2000; Resolução nº 254, de 11 jan. 2001 (Diário Oficial da União, de 12 jan. 2001); Resolução nº 318, de 27 set. 2002 (Diário Oficial da União, de 01 out. 2002); e Resolução nº 326, de 28 nov. 2002 (Diário Oficial da União, de 29 nov. 2002).

61 O tema jurídico pode ser apreendido em: LEITE DE FARIAS, Sara Jane. **Regulação jurídica dos serviços autorizados**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

Quadro 8 – Classificação dos regimes de prestação pela LGT

	Interesse coletivo	Interesse restrito
Regime privado	Serviços de telefonia fixa comutada (local, LDN e LDI), autorizações Serviço móvel pessoal, serviço móvel especializado, TV a cabo, serviço de comunicação multimídia, autorizações	Todos os demais serviços, tais como radioamador, táxi, autorizações e outros
Regime público	Serviços de telefonia fixa comutada (local, LDN e LDI), concessões ou permissões Serviço móvel celular, concessões [até o advento do Serviço móvel pessoal]	Não existe

Fonte: formulação própria.

Mesmo após essa construção e o relatado ao longo desse capítulo, vale notar que os envolvidos no setor de telecomunicações advogam pela diferenciação do seu setor em relação aos outros setores privatizados. É a busca por um marco legal peculiar que justifique práticas estatais e empresariais específicas:

O Plano Nacional de Desestatização tinha suas regras muito mais voltadas para a atividade econômica do Estado, para a exploração da atividade econômica, em si mesma. Nós estamos falando de serviço que era público. A ANEEL, a ANATEL, a ANP, depois vieram a ANTT, a ANVISA, etc. Tudo que se voltava mais à prestação de serviços e à sociedade. Já o PND – Plano Nacional de Desestatização – era um modelo para a atividade econômica do Estado. Aliás, como está inscrito no art. 170 da Constituição, no título “Da Ordem Econômica”, era muito mais voltado para isso. Nós precisávamos ter o nosso modelo de prestação de serviços públicos de telecomunicações, que é um pouco diferente.⁶²

A prestação de serviços no regime público exigira o cumprimento de diversas outras obrigações por parte das empresas concessionárias, dentre as quais, a persecução de metas de universalização. Assim, a noção de assimetria regulatória está relacionada com a diferença de tratamento entre a prestação de serviços por parte das empresas concessionárias e por parte das empresas entrantes. O objetivo central das diversas modificações no ambiente empresarial da área de telecomunicações, ocorridas em vários países do mundo, era fomentar a expansão

62 ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 47.

dos sistemas com a combinação de universalização dos serviços e com competição entre vários prestadores. Assim, como antes haviam monopólios regulados, o objetivo central era desmonstrá-los pelo fomento para entrada de novas empresas competidoras, desde serviços como telefonia fixa e móvel até áreas como televisão a cabo⁶³. Como indicou um dos entrevistados, que esteve profundamente envolvido com a construção do sistema:

O que é o serviço público de regime público? O Congresso definiu que o serviço (de) telefone fixo comutado era um serviço público. Então, Presidente da República não podia mudar isso. Embora o Presidente da República pudesse colocar outros serviços no mesmo regime. Mas aí, a responsabilidade seria do Poder Executivo. Lembremos do conceito de que as telecomunicações são serviços públicos, em sentido amplo, porém que são explorados em regime público ou em regime privado... Embora isso dê ao Presidente da República, pela Lei, a possibilidade de classificá-lo como do regime público, ao mesmo tempo indica: "o serviço explorado pelo regime público tem as seguintes características: a existência perene, a universalização e a continuidade". São as três características do serviço explorado pelo regime público. Então, se o Estado define, ou melhor, se o governo define que o serviço vai ser explorado no regime público, há que ter a consciência de que se não surgir um operador, ele vai ter que tirar dinheiro do orçamento para poder financiá-lo. A Lei deu o poder ao Presidente da República, mas deu também a responsabilidade, junto. Quando o Presidente da República decide, tem que estar sabendo que é o ônus da União patrocinar aquele serviço se não surgir um operador que o faça⁶⁴.

De acordo com Lima da Rocha⁶⁵, no Brasil, o sistema de assimetria foi estabelecido mediante a adoção de seis parâmetros: regime diferenciado de prestação, limitação na área de atuação das concessionárias, critérios diferenciados para novas autorizações, incentivo à universalização pelas concessionárias, restrição à diversificação de negócios e liberação de novas tecnologias às entrantes⁶⁶. Estas assimetrias não foram suficientes para estimular o mercado a estipular uma efetiva competição, nem mesmo em médio prazo - ou seja, nem mesmo com a liberalização, havida em 1997, tampouco dez anos depois, em 2007. Ao

63 PREISKEL, Ronnie; HIGHAM, Nicholas. Liberalization of telecommunications infrastructure and cable television networks: the European Commission's Green Paper. *Telecommunications Policy*, v. 19, n. 5, p. 381-390, 1995.

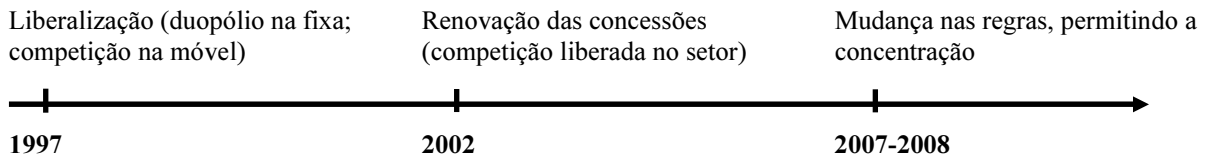
64 RENATO NAVARRO GUERREIRO, antigo dirigente do Ministério das Comunicações e antigo Presidente da ANATEL, Entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006. Ficha 78.

65 LIMA DA ROCHA, Daniel Costa. **Direito e economia nas telecomunicações**. Dissertação (Mestrado em Regulação e Concorrência). Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2006. 176 p.

66 Para mais detalhes sobre o conceito de assimetria regulatória, cf. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, 2002. Cf. também, SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Direito dos serviços públicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

contrário, o que se observou no mercado internacional, com reflexos no país, foi um movimento veloz de concentração empresarial:

Figura 4 – Cronologia da dispersão e da concentração



Fonte: formulação própria.

Estas assimetrias estabeleceriam facilidades para que as novas empresas pudessem concorrer contra àquelas existentes no mercado. A lógica de assimetria regulatória está diretamente relacionada com a expansão da competição:

A verdade é que a Anatel está desprotegida porque o setor é polêmico. De um lado encontra os discursos críticos do mercado. De outro lado, o governo. Porque tem estruturalmente um processo perverso. E aí, você vai olhar o que gerou, quer dizer. Primeiro, não quero fugir do meu script... A Anatel tinha esse ovo da serpente, com esse mito da independência e tal. Depois, havia uma crença estúpida no poder da competição. [...]. O que o modelo tinha que era profundamente errado? É uma crença estúpida no poder da competição. Eu lembro que participei, por convite de um economista amigo meu, de uma sessão fechada elucidativa. Ele fez um estudo para o IPEA sobre o sistema estrutural antes da privatização. Ele foi apresentar o estudo e me convidou para ser um dos comentadores... Assim, eu fui uma das pessoas que foram comentar na pré privatização. Lá estavam a Alejandra Herrera, que foi uma das artífices do modelo, junto com o Carlos Ari Sundfeld.

[...] Eu saí de lá atônito! Eu tive que ligar para o meu amigo para confirmar se eu havia entendido mesmo. Na hora, eu não compreendi aquele esquema de dividir o país em quatro áreas. Na realidade, quatro áreas, mais uma área, que era o país todo. Depois jogar um competidor em cima de cada uma das concessionárias... O que é aquele negócio da assimetria regulatória? Qual era a ideia? Você ia primeiro criar quatro monopólios regionais durante um tempo. Após isso, os monopólios regionais iam poder competir na longa distância entre si e com as empresas de longa, tal como a Embratel. Por sua vez, eles iam ter que competir, para dentro de suas áreas com as tais quatro empresas espelho. Logo no leilão, as quatro espelhos fracassaram. Então, esse modelo tem um problema seriíssimo. Ele foi todo assentado na competição... É o maior pilar dele, que iria resolver todos os problemas da Anatel. De onde vem isso?

[...] Porque, assim, é o mercado perfeito. Quer dizer, se isso aqui tivesse funcionado como no modelo da economia perfeita, a agência seria uma mera mediadora no processo. Todos seriam super bem atendidos... Bastava dar um problema aqui e haveria um monte de operadoras. Os preços iriam baixar... Não gostei, vou para outra... Quer dizer, nós sabemos que, já no governo Fernando Henrique, isso não ocorreu como o planejado...

[...] Ainda estão buscando a solução da competição que nunca chegou... O discurso ainda é o de fomentá-la. Acabo de ser convidado para assistir um seminário na Anatel que vai estar cheio de gente de mercado. Há um conselheiro que vai falar sobre competição em telecomunicações... De novo! Mas agora é com outro enfoque. Agora é a tal da competição convergente, o triple play... Até porque a Net e a Telmex já estão fazendo... Até a Telemar, enfim, já mudou o seu discurso. Mas aí tem barreiras regulatórias. Então, eu acho que isso tudo tornou ainda pior a situação

da agência. Porque aí, a relação de oferta de serviço não foi a que se esperava. Então, que ocorre? O consumidor fica preso a empresas fixas monopolistas, oligopolistas. Na mobilidade tem uma competição razoável. Mas, digo, qual é o estímulo para trocar de operadora? Eu acho até que troca, muito mais para ter aparelho novo.

[...] O problema maior que eu vejo é a ideia da competição. Até agora, esse governo não mostrou como lidar com isso. Eu tive uma surpresa com o decreto 4733. Eu pensei que esse governo fosse cair em si, e compreender que deve forçar a regulação sobre o oligopólio! E não ficar acreditando na regulação da competição por metodologia de custo! Do jeito que está, fica difícil de sair desse impasse⁶⁷.

Em relação ao regime público, para os serviços de telefonia fixa comutada, a sua formação de preços seria mais restrita. As tarifas seriam fixadas por “price-cap”, que é um sistema no qual o preço máximo é determinado pelo regulador⁶⁸ (citar César Mattos). As concorrentes, denominadas de empresas-espelho, teriam as suas tarifas liberadas, sendo, entretanto, vedada uma formação de preços em caráter anti-competitivo (“dumping”, por exemplo).

As restrições às concessionárias vigorariam por um período de cinco anos. Depois, se elas tivessem atingido as metas fixadas para universalização – definidas por meio do Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU) – elas poderiam competir com as empresas-espelho, recebendo autorizações variadas para novos serviços.

O modelo de competição, em indústrias de rede (“*network industries*”), é baseado em um conceito muito relevante: interconexão. A interconexão pode ser vista como um conceito abrangente que inclui a necessidade de garantir que um usuário de uma rede possa ter acesso comunicacional a outro usuário, ligado em outra rede, sem que isto seja anti-econômico. É um conceito primário para que haja competição, tendo em vista que visa impedir que a empresa proprietária de uma rede dominante no mercado discrimine o proprietário da nova rede. Mas este conceito não esgota a possibilidade de concorrência. Para que exista mais competição é necessário que haja outro grau de abertura nas redes.

Existem, assim, então três modalidades diferentes de abertura das redes de propriedade dos incumbentes aos prestadores entrantes, com crescentes graus de abertura, na área de

67 MURILO CÉSAR RAMOS, pesquisador do setor de telecomunicações (UnB) e coordenador na formação do corpo técnico da ANATEL, entrevista, Brasília, 15 out. 2006. Ficha 124.

68 Cf. MATTOS, César. A proposta do governo em interconexão e unbundling na renovação dos contratos de concessão em telecomunicações em 2006, Anais do XXXIII Encontro Nacional de Economia, Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, 2005.

telecomunicações, segundo Lima da Rocha⁶⁹. A primeira delas é a duplicação de infraestrutura (“facilities-based entry”), que pode ser denominada de entrada direta. Significa que o entrante arcará com os custos de criar a sua própria rede de telecomunicações, tendo garantida a possibilidade de interconexão. A segunda modalidade é a revenda (“resale”). Ela se baseia na garantia de que a empresa proprietária da rede dominante será obrigada a fornecer os serviços de sua rede para a fruição dos competidores, por um preço razoável. Por fim, a terceira modalidade de abertura é a desagregação da rede em relação aos serviços (“umbundling”). Esta seria a modalidade mais radical de intervenção na gestão da rede dominante, onde a sua infraestrutura deveria ser separada da sua operação específica⁷⁰. A consequência seria que a rede dominante acabaria sendo compartilhada, em seu uso e manutenção, com as empresas entrantes. Isso ocorreu em algum grau nos Estados Unidos da América, com a quebra do monopólio privado da AT&T. No Brasil, tal nunca chegou a ser praticada plenamente, como fica claro na opinião de um dos entrevistados:

Realmente, você tem razão. Há uma dificuldade de implantar o “full unbundling” [desagregação total de redes] na ANATEL. Ela dependeria de um longo processo. O que poderia resolver essa situação, como aconteceu na Inglaterra. A Itália já colocou esse problema em consulta pública. Mas seria necessário fazer algo mais à frente. A gente teria que tentar uma separação estrutural, ou uma separação funcional. As empresas concessionárias seriam cindidas e você teria uma empresa que ofereceria apenas infraestrutura e uma empresa que continuaria prestando o serviço telefônico. Mas aí, a rede estaria toda aberta, em igualdade de condições para todos os prestadores. Mas isso é mais à frente, essa separação estrutural, que foi feita agora com a British Telecom, a Itália já lançou consulta pública, a Finlândia já tem, mas isso tem que estar bem estudado. O “unbundling” não deu o resultado esperado porque o preço está caro⁷¹.

Contra a sua aplicação, existiam críticas ferozes das concessionárias, no sentido de que estas haviam feito investimentos muito altos para que houvesse tanta intervenção estatal em suas operações. O que se observou, após oito anos, foi o aparecimento de práticas comerciais fortemente orientadas à concentração de vários serviços no âmbito das concessionárias. As

69 LIMA DA ROCHA, Daniel Costa. **Direito e economia nas telecomunicações**. Dissertação (Mestrado em Regulação e Concorrência). Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2006. 176 p.

70 Uma análise complexa sobre as tentativas de estruturar a competição no mercado brasileiro, com destaque ao problema da desagregação de redes, pode ser vista em: VARGENS FILHO, José Rogerio; FERREIRA Jr., Hamilton de Moura. O preço do unbundling no Brasil: concorrência e universalização na indústria de telecomunicações, *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 57-85, 2002.

71 ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 65.

entrantes, em maior ou menor grau, sucumbiram na empreitada de desconcentrar o mercado da telefonia fixa comutada. Em outras palavras, a lógica da competição não produziu os efeitos benéficos que seriam esperados:

O que a gente tem hoje? Acabou não funcionando o esquema daquelas empresas que eram para serem concorrentes entre si. Ou seja, a disputa serviria para equilibrar o mercado com maior competitividade, melhor qualidade, assim como melhores preços e tarifas para os usuários. O que temos hoje, infelizmente, é que as empresas-espelho não prosperaram. As “empresas-espelinho” menos ainda! Ou seja, nós estamos vivendo hoje um sistema de monopólio privado. Bem ‘cá entre nós, se pensarmos bem, entre o monopólio estatal e o monopólio privado... o estatal, pelo menos, tem que dar mais satisfação à sociedade. O monopólio privado só tem que dar satisfação ao acionista⁷².

Vale ressaltar que, decorridos dez anos, este mercado não é mais tão atrativo como fonte de lucros. A telefonia móvel teve uma expansão enorme no país. O mercado mais promissor – em um futuro próximo – parece ser o de fornecimento de serviços de banda larga de acesso à Internet (“broadband”), combinado com outros serviços na mesma rede (telefonia fixa comutada e televisão por assinatura). Mesmo o mercado de telefonia fixa comutada, nas modalidades de longa distância nacional (LDN) e internacional (LDI), não parece tão promissor, tendo em vista a ampliação no uso de programas de conversação pela Internet, como o Skype e seus similares.

1.3.2 A formação de um arcabouço normativo para os serviços de telecomunicações

O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962) trazia estipulações referentes aos serviços de radiodifusão, telefonia, dentre outros. Com a privatização dos serviços de telefonia, a decisão política foi não alterar as diretrizes existentes para as emissões de rádio e de televisão. Como aduziu um dos entrevistados:

Juntar telecomunicações e radiodifusão no Brasil? Isso aí, não se conseguiria ter feito no passado! Nem se consegue fazer hoje! Eles jamais, jamais aceitarão. Jamais! O modelo e a visão das TVs e das rádios... A visão deles é oposta ao que se acredita no setor de Telecom. Por exemplo, o setor de Telecom ignora, quase que por

72 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 130.

completo, o Legislativo. Mais ainda, ele ignora quase que por completo o Executivo. Só nas crises é que eles agem. As empresas de radiodifusão têm amplo domínio dos dois: Legislativo e Executivo. Amplo! Não é uma influência pequena! É um amplo domínio dos dois! Pelo menos para vetar... Às vezes, eles [as empresas de radiodifusão] não conseguem aprovar uma determinada coisa no Executivo. Mas, por outro lado, eles conseguem paralisar várias coisas! E eles têm várias demonstrações de força... Logo, as empresas de radiodifusão precisam ser reguladas por alguém que elas mesmas possam efetivamente controlar! Quem é que eles podem efetivamente controlar? Um Ministro das Comunicações, obviamente. Certamente com uma especial preferência por um político. Elas jamais, jamais, aceitarão um órgão independente regulando-as. Jamais! A Globo? Ela não tem poder sobre a ANATEL. A Globo odeia a Anatel por isso. O pouquinho de relação que a ANATEL tem com ela é um problema enorme para a Globo [na TV por assinatura]. Porque não há alinhamento. A Anatel não se alinha automaticamente à Globo. Veja que isso não quer dizer que a ANATEL seja contra! Mas ela examina o que é bom para o Brasil⁷³.

Com isto, tentou-se consolidar uma distinção jurídica entre comunicação social e telecomunicações. Deve ser notado que a definição jurídica contida no §1º do art. 60, da LGT, é compatível com a definição de técnica para o significado de telecomunicações. De uma forma simples, telecomunicação é a comunicação realizada à distância. De maneira mais elaborada, ou seja, de acordo com o dispositivo legal: “telecomunicação é 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”.

Como construir um sistema onde duas legislações diferentes regeriam matérias tão conectadas como transmissões de telefonia e emissões de rádio ou televisão? A solução foi considerar que a nova legislação seria aplicável precipuamente aos serviços de telecomunicações, de acordo com o que está disposto no “caput” do art. 60. Mas continuava o problema, pois este outro dispositivo dispõe que “serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”. Esta definição ainda é pouco precisa. A solução final foi que a referida lei reordenou a oferta de serviços de telecomunicações, por meio de uma nova classificação deles, mas excluiu de sua regência as atividades de radiodifusão. Isto foi efetivado pelo art. 211 e seu parágrafo único, combinado com o art. 215, I (ficam revogados: I - a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1963, salvo quanto a matéria penal não tratada nesta lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão). Ainda assim, no início, o projeto do Ministério das Comunicações buscava englobar toda a

73 SÁVIO PINHEIRO, advogado, membro do Conselho Consultivo da ANATEL. Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 38.

regulação numa futura agência unificada: como indicado em parágrafo anterior, bem como no quadro acima, a área de radiodifusão não foi modificada. Um dos entrevistados indicou a que isso se deveu:

A proposta inicial, na verdade, além de ter a LGT, tinha a Lei Geral de Comunicação de Massa, que trataria da radiodifusão. O projeto inicial não era ter uma Anatel. Era ter uma Agência Nacional de Comunicações, que pudesse abranger tudo isso. Só que como você iria discutir comunicação de massa, você ia mexer com radiodifusão. É sábio que, de um modo geral, dois terços dos membros do Congresso estão envolvidos diretamente na questão. Muitos deles até como proprietários, apesar de nossa legislação proibir que os meios de comunicação fiquem nas mãos dos parlamentares, mesmo que através de terceiros. A grande maioria é proprietária de emissoras de rádio e televisão. Essa Lei de Comunicação de Massa, que era para ter surgido em 1997, junto com a Lei Geral de Telecomunicações, até hoje não saiu do papel. Isso é compreensível, dado o poder que possuem os envolvidos em radiodifusão. É um absurdo! Afinal, você tem um concessionário de em bem público que possui mais poder que o [poder] concedente. Essa situação no Brasil não é nova. Essa situação sempre foi assim em vários setores. Na radiodifusão tem um exemplo clássico que é o Assis Chateaubriand. Ele dizia que não lhe interessa ser o Presidente da República; ele queria ser o dono do Presidente da República. Ele declarou isso abertamente!⁷⁴

A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica. Parágrafo único. Caberá à Agência a fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das respectivas estações

As atividades referidas à transmissão de televisão (imagens e sons) por meio de meios distintos da utilização da canalização de UHF e VHF, definida no espectro radioelétrico, ou seja, por meio de satélite, micro-ondas ou cabos, ficava adstrita à Agência. Esta modalidade de serviços de telecomunicações estava prevista na denominada Lei do Cabo. Tal competência foi atribuída pelo art. 212 (O serviço de TV a Cabo, inclusive quanto aos atos, condições e procedimentos de outorga, continuará regido pela Lei no 8.977, de 6 de janeiro de 1995, ficando transferidas à Agência as competências atribuídas pela referida Lei ao Poder Executivo). Com esta solução, o Ministério das Comunicações manteve sua competência em relação às concessões de rádio e televisão, tanto aquelas vigentes, quanto as futuras concessões. A atividade de fiscalização do espectro radioelétrico foi atribuída à ANATEL,

74 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 136.

porque seria irrazoável que dois órgãos estatais desempenhassem esta função. Dentre elas está a repressão às emissões clandestinas e às emissões ausentes de outorga, ainda que regulares.

Um aspecto positivo da nova Lei, típico da nova lógica regulatória, foi a ausência de estipulação específica acerca dos serviços. Tal ausência é razoável, tendo em vista que é comum que determinados serviços tornassem obsoletos, ao passo em que a velocidade no aparecimento de novos serviços é, normalmente, mais rápida do que o processo de produção de uma nova Lei Geral. Os serviços foram classificados em uma matriz de quatro combinações possíveis a partir de duas díades. A primeira referida ao regime de prestação do serviço: público ou privado. O regime denominado público abrange os aspectos essenciais do sistema de telecomunicações, considerada a telefonia fixa como tal. Obviamente, a prestação realizada pelas concessionárias privatizadas foi incluída neste nicho. O alcance deste regime se estende também aos serviços de telefonia fixa de longa distância nacional e internacional. No regime privado seriam prestados todos os demais serviços, inclusive os de telefonia fixa, oferecidos pelas novas empresas, denominadas “espelho”. A segunda dicotomia diz respeito ao interesse na prestação do serviço: coletivo ou restrito. Os serviços rotulados de coletivos são aqueles que seriam do interesse de ampla parcela da população, enquanto os serviços denominados restritos seriam aqueles de interesse de um pequeno grupo de pessoas ou de empresas. Existem serviços que podem ser rotulados como restritos e coletivos ao mesmo tempo. A dicotomia que carrega consigo mais relevância é a existente entre o regime de prestação público e privado, por conta das concessões de telefonia fixa comutada. Aliás, apenas este serviço é adstrito ao regime especial de concessões. Mesmo o serviço móvel celular, concedido pela Lei Mínima às subsidiárias, depois fracionadas e alienadas das estatais, teve o seu originário regime de concessão convertido, posteriormente, para o regime de autorização.

Tendo definido, em linhas gerais, os diversos serviços, era necessário que fosse construído um paradigma normativo detalhado para sua exploração. Estes seriam fixados por meio de regulamentos específicos, emitidos pela ANATEL. Esta seria mais uma característica do novo modelo de regulação por agência, onde os órgãos dirigentes teriam uma ampla margem de discricionariedade técnica para emitir decisões sobre o setor. Suas decisões, inclusive, na lógica inicial que presidia a construção do modelo, não seriam passíveis de revisão hierárquica pelo ministério ao qual estivessem subordinadas.

1.3.3 A efetivação da privatização com a licitação de novas áreas

A privatização ocorreu em meio a guerras judiciais. Ao passo que as várias liminares eram concedidas, uma força-tarefa de advogados atuava para cassá-las junto aos tribunais regionais federais respectivos. Após estes momentos de luta judicial foi realizada a sessão de venda da participação acionária da União nas empresas. As empresas do sistema foram divididas em quatro grandes conjuntos em relação à telefonia fixa comutada. O primeiro era a exploração em todo país do serviço de longa distância nacional e internacional. Ele ficou com a Embratel S/A. O segundo bloco era o Estado de São Paulo e a empresa subsidiária TELESP S/A. O terceiro era composto pelas empresas da região central e sul do país. Finalmente, o quarto era o aglomerado de empresas da região norte e leste, que incluía o sudeste do país. Com exceção da Embratel, que possuía peculiaridades óbvias, os outros três blocos eram proporcionais em termos de assinantes e volume econômico. No caso do serviço de telefonia celular, foram vendidas as empresas desmembradas das subsidiárias estaduais da Telebrás, bem como licitadas as faixas para as entrantes neste segmento. Também foram licitadas autorizações para exploração dos serviços de telefonia fixa nas áreas dos blocos, inclusive o de longa distância nacional e internacional. Logo, em paralelo com as recém-criadas quatro concessionárias e seus blocos, foi permitida a entrada de quatro novas empresas autorizadas para induzir a concorrência. O mesmo ocorreu no serviço móvel, cujas espelhas ocuparam a referida faixa “B”. O documento que estruturou o modelo dos espaços de atuação empresarial dos diversos prestadores, no serviço telefônico fixo comutado, é denominado “plano geral de outorgas de serviço de telecomunicações prestado no regime público”. O atual plano está contido no Decreto presidencial de nº 2.534, de 02 abr. 1998, assinado também pelo ministro das Comunicações.

Figura 5 – Telefonia Fixa, após a privatização



Fonte: BOLAÑO, César; MASSAE, Fernanda. Revista Brasileira de Ciências da Comunicação, v. 23, n. 1, jan./jun. 2000. p. 43-55.

As disposições referentes à divisão das empresas para a realização da sua licitação por meio de leilão estão contidas no Livro IV, da LGT (art. 186 e seg.). Cabe frisar que o governo federal, de então, não fez uso da possibilidade de reter uma ação de classe especial. Ela é também denominada de “golden share” pelos especialistas. A sua posse poderia permitir poderes como o veto em decisões das empresas privatizadas. Se fosse esta a opção, tal definição deveria constar do Edital do leilão, conforme o inciso VIII, do art. 198, da LGT. O planejamento das privatizações, tal como desenhado na Lei, impedia também que houvesse aquisição de parcelas decisórias por grupos que pudessem ser concorrentes na mesma região de outorga. Com isto, esperava-se estimular a competição entre empresas que era uma dos princípios basilares do novo modelo. Ao fim da privatização, o país contava com quatro grandes empresas para prestação dos serviços de telefonia fixa comutada:

Quadro 9– Áreas licitadas em telefonia fixa comutada e recursos obtidos

Empresa e área de cobertura (por Estado da Federação)	Empresa ou grupo vencedor(a)	Valor obtido (RS)	Ágio sobre o mínimo
Telesp Participações S/A (SP)	Consórcio Telebrasil Sul (Telefônica, Portugal Telecom, Rede Brasil Sul, Banco Bilbao Vizcaya e Iberdrola)	5,783 bilhões	64,29 %
Tele Centro Sul S/A (RJ e ES)	Consórcio Solpart (Banco Opportunity e Telecom Itália)	2,070 bilhões	6,15 %
Tele Norte Leste S/A (MG)	Consórcio AG Telecom (Andrade Gutierrez, INEPAR, Macal e Fiago Participações)	3,434 bilhões	1,00 %
Embratel S/A (todo o país)	MCI	2,66 bilhões	47,22 %

Fonte: TAVARES DE ALMEIDA, Maria Hermínia. Revista Brasileira de Economia Política, São Paulo, v. 21, n. 2, 2001 (p. 43-61), p. 51, com dados jornalísticos.

A compra dos ativos se deu por meio do sistema de leilões. Ganhava o leilão o grupo que propusesse o maior ágio em relação ao preço mínimo, fixado pelo governo. Uma das polêmicas do período ocorreu em relação aos ativos que poderiam ser utilizados para pagar o valor proposto. O Edital aceitou que fossem utilizados títulos emitidos pelo Tesouro Nacional, que estavam no mercado. Estes papéis possuíam valor de mercado menor do que o valor de face. Mas a sua aceitação, para fins de pagamento, ocorreu pelo valor de face; não pelo valor com que eram comprados no mercado. É fácil entender que a diferença se traduzia em margem de lucro nesta operação financeira.

Houve razoável disputa pelos conjuntos empresariais licitados. Uma crítica dirigida ao processo de licitação diz respeito ao fato de que o Brasil não tinha um sistema regulatório e às regras de venda dos ativos que estimulassem estrangeiros, como firmas americanas e alemãs:

Outra coisa curiosa é: cadê o capital americano? Não tem! Cadê as operadoras americanas? Por que cargas d'água que só tem europeu latino por aqui? Isso agora é profundo. Pensa isso aí. Porque isso daí explica como que o nosso país é enxergado. Quer dizer, houve aí uns ensaios de algumas empresas para aqui. Algumas ainda vieram, como foi o caso da Bell South. São coisas tímidas, entendeu? Por que cargas d'água que só tem europeu aqui? Por que os americanos não vieram? Os canadenses? Quer dizer, só apareceram os latinos europeus e os latinos da América Latina, que é evidente pelo caso do mexicano [Carlos Slim]. Isso é uma coisa que lembro. Eu tinha o meu portfólio de clientes, que era largamente dominado por americanos. Quer dizer, os caras vieram fortes, no início. Eles vieram para entrar e etc. A compreensão deles [americanos] sobre as regras... Vamos dizer assim, o etos empresarial deles é muito diferente. Vejo isso de trabalhar longamente com todos eles... É muito diferente! O conforto que um tem [latinos] e que o outro não tem, em lidar num ambiente como o nosso. E no passado recente era muito melhor do que é hoje, Hoje, não viria ninguém, mesmo! Então, você vê, não tem uma empresa de

celular americano, não tem uma operadora de telefonia fixa americana. Não tem nada. E olha que eles tentaram. Eles vieram para cá, olharam, estudaram, pagaram para ver. E contrataram consultores. Eles vieram para a privatização e nem sequer entraram na privatização. Eles vieram para a banda B, ganharam. Alguns ficaram um pouco... Foi o caso da Bell South, que foi minha cliente. Mas chegou uma hora... O Brasil não cumpre regras! Essa é que é a verdade! Você monta um negócio baseado naquilo que está escrito ali, que se presume que vai ser cumprido. E não cumprem! E é assim, com a maior... O [Renato] Guerreiro [primeiro presidente da ANATEL], não cumpriu! A ANATEL do Guerreiro não cumpriu com a Bell South! Estava escrita uma coisa no Edital da licitação da banda B. O cara deu aquele lance de bilhões de dólares para a licença da área metropolitana de São Paulo. Vem operar no Brasil crente que “aqui eu posso fazer”. Na hora que ele chegou para fazer, vem o poder público e diz: “não; isso aqui estava previsto, porém não vai poder, não”. Claro que eu estou simplificando e que o Guerreiro vai negar isso até a morte. Mas foi isso! Então o americano repassa para todos por lá: “eu botei bilhões num negócio, e os caras no Brasil não cumprem”. Entendeu? Foi com uma regra de reajuste. Estava expresso como regra: “a tarifa será reajustada tal e qual, ou seja, assim e assim”. Chegou na hora e o reajuste não foi assim! Não foi! Era isso que tinha permitido ao investidor ter pagado o que pagou. Agora, o que faz um investidor europeu... Isso muito reservadamente... Imagine que ele acabou de ganhar um leilão para operar uma concessionária, na privatização. Você acredita que, no outro dia, ele já chegou aqui querendo mudar a regra, para o lado dele! [...] Agora, como é que você tira a influência do casuísmo político, se não for assim? Ou seja, por meio do estabelecimento de um tipo de regulação que é típico do mundo norte-americano. Deixamos um Ministério brasileiro: zero! Ninguém botaria dinheiro aqui! Só colocaria dinheiro aqui, quem dissesse: “eu vou colocar isso aqui, para depois negociar com aquele governo”. Porque, possivelmente é assim. Na ANATEL não é assim. Até hoje, não é!⁷⁵

Como listado, o processo atraiu certa gama de investidores estrangeiros ao Brasil. Todavia, os vencedores foram basicamente europeus, especialmente os espanhóis (TELEFONICA) e os italianos (TELECOM ITÁLIA). Outro analista indica que isso ocorreu porque os europeus haviam acabado de passar por um período de forte reestruturação dos seus mercados nacionais. Dessa forma, eles estariam mais preparados para a busca de novas fronteiras econômicas do que os americanos:

Uma coisa, também, interessante para se pensar desse período... Quem é que adquiriu as estatais brasileiras? Na verdade foram as estatais europeias telefônica, especialmente, da Espanha e de Portugal. Sobre porque não houve americanos nessa história. Não acho que seja por nada demais. Creio que eles até vieram. Só que não estavam preparados para a privatização brasileira. Nos leilões, eles participaram. Mas acho que eles não vieram com a preparação que os europeus tinham. Por exemplo, três anos antes da privatização brasileira, a Telefônica da Espanha abriu o capital dela na Europa. Ela fez capitalização. Ela buscou recursos já em preparação para essas privatizações na América Latina. O trabalho que a Europa já estava fazendo, na época, com relação à estruturação do mercado comum europeu... Eu acho que isso propiciou também uma visão mais ampla do mercado. Eles já estavam

⁷⁵ SÁVIO PINHEIRO, advogado, membro do Conselho Consultivo da ANATEL. Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 34.

alavancando capital há um bom tempo. Aliás, não só para a área de telecomunicações, como também para energia elétrica. Veja que, no Brasil, a participação deles foi muito grande no mercado de energia. Outro bom exemplo é o setor bancário. Se você pensar bem, os bancos europeus entraram muito no Brasil e na América Latina. Foi tudo no mesmo período. Acho que isso está muito atrelado com a uma reestruturação econômica continental que eles tiveram⁷⁶.

Das quatro grandes empresas derivadas da privatização, no curto período de dez anos, três delas estiverem em meio a graves polêmicas. A TeleNorteLeste S/A, depois conhecida como TeleMar S/A e, depois, reorganizada como Oi S/A, se tornou a base do que o mercado chama atualmente de SuperTele, tendo em vista que adquiriu a Brasil Telecom, tendo inclusive ensejado a modificação das regras básicas do setor para viabilizar a operação. A Brasil Telecom S/A sofreu com duras disputas pelo seu controle societário desde o início de suas operações, em 1998. Estas disputas só foram amenizadas finalmente 2007, com a saída do grupo liderado pelo banco Opportunity do bloco controlador. Entretanto, esta mudança apenas permitiu que a empresa fosse colocada à venda. Várias ofertas foram feitas no mercado. Mas a oferta que efetivamente prosperou foi realizada pela outra concessionária Oi S/A, antiga TeleNorteLeste S/A. Por fim, a Embratel S/A foi comprada pelo grupo americano MCI, que havia liderado a luta contra o monopólio da AT&T nos Estados Unidos. O pessoal gerencial enviado pela empresa se envolveu em pequenos escândalos como uma detenção pela tentativa de saída não-declarada com mais de US\$ 10 mil dólares em espécie. A empresa espelho, em relação à Embratel, é a Intelig, que presta os serviços de longa distância nacional e internacional. A última era controlada pela Sprint Telecommunications, empresa americana. Mas, no mercado internacional, a MCI comprou a Sprint, o que levou à esdrúxula situação da mesma empresa controlar as duas competidoras no mercado brasileiro. Esta questão foi resolvida definitivamente com a venda da Embratel ao grupo mexicano TelMex, situação que perdura até o momento.

Os valores totais arrecadados com a alienação do sistema Telebrás S/A seriam de US\$ 19,871 bilhões, totalizando até o fim daqueles leilões por 51,3 % do auferido com o Programa Nacional de Desestatização.

76 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 134.

1.3.4 Princípios na LGT em relação aos pré-existentes (CBT, Lei mínima e Lei do cabo)

A nova Lei possuía dois princípios basilares, com um modelo de jurídico para os futuros operadoras. Obviamente, este modelo jurídico comporta um modelo de negócios correspondente. O primeiro seria a universalização dos serviços de telecomunicações. Ela ficaria a cargo das empresas inseridas no marco conceitual do regime público de interesse coletivo. Consequentemente, atingiria as concessionárias cuja participação acionária havida sido alienada pela União. O segundo seria a competição. Este afetaria as primeiras, mas teria como motor a entrada de novos competidores em um regime menos pesado em termos de encargos. Seria o regime privado de interesse coletivo. Esta diferença entre prestadores é denominada pelos doutrinadores como assimetria regulatória. Ela seria responsável por expandir a universalização por meio da competição eficiente, ao invés de efetivá-la por meio de obrigações técnicas, como no caso do concessionário. Estas obrigações de universalização estão definidas por meio do Decreto n. 2.592, de 15 maio 1998, denominado “Plano Geral de Metas para Universalização no Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado no Regime Público”. Ele também é conhecido por sua sigla: “PGMU”. Todos os serviços possuem metas de qualidade específicas, denominadas “Plano Geral de Metas de Qualidade” (PGMQ). Obviamente, uma flexibilização possível para estimular o desenvolvimento de uma tipo de serviço é diminuir suas metas de qualidade e, consequentemente, seus custos. Isto foi realizado com os serviços de televisão por cabo, por exemplo.

Além destes princípios é importante localizar a principiologia existente em relação aos usuários ou consumidores. Uma ressalva inicial é a adequação da nova Lei ao panorama normativo pré-existente. A nova norma refere-se aos usuários, não aos consumidores. Esta dicotomia terminológica não é fruto de um acaso, mas da longa tradição cultural da administração pública brasileira, cujas raízes estão relacionadas com a denominada francesa do serviço público.

A construção jurídica detalhada da ANATEL deu-se por meio do Decreto presidencial n. 2.338, de 07 out. 1997, que aprovou o regulamento daquele órgão. Tal ato já estava autorizado e previsto pela Emenda Constitucional n. 08, de 15 maio 1995 e pela LGT, de 16 jul. 1997. A LGT havia traçado diretrizes mais amplas sobre a ANATEL, consolidada no seu Livro II (art. 8º e seg.).

1.4 A evolução dos investimentos e o aumento da base de clientes

Se o motivo primordial das privatizações foi alavancar investimentos para a expansão do sistema brasileiro de telecomunicações, isso foi alcançado. Informações extraídas de relatórios da ANATEL demonstram que houve um grande incremento na entrada de capital estrangeiro no país, que gerou uma vaga de expansão das redes de telecomunicações. Todavia, existe um enorme gargalo a ser suprido, que é pode ser visualizado como a expansão das comunicações de massa, ou seja, redes digitais de alta velocidade para permitir a expansão da Internet em banda larga, como visualizável na próxima figura. A imagem traz outra informação relevante, que é a expansão sensível das tecnologias móveis. Um importante gestor do setor – atualmente na função de Conselheiro da Agência – fez um relato otimista de tal evolução:

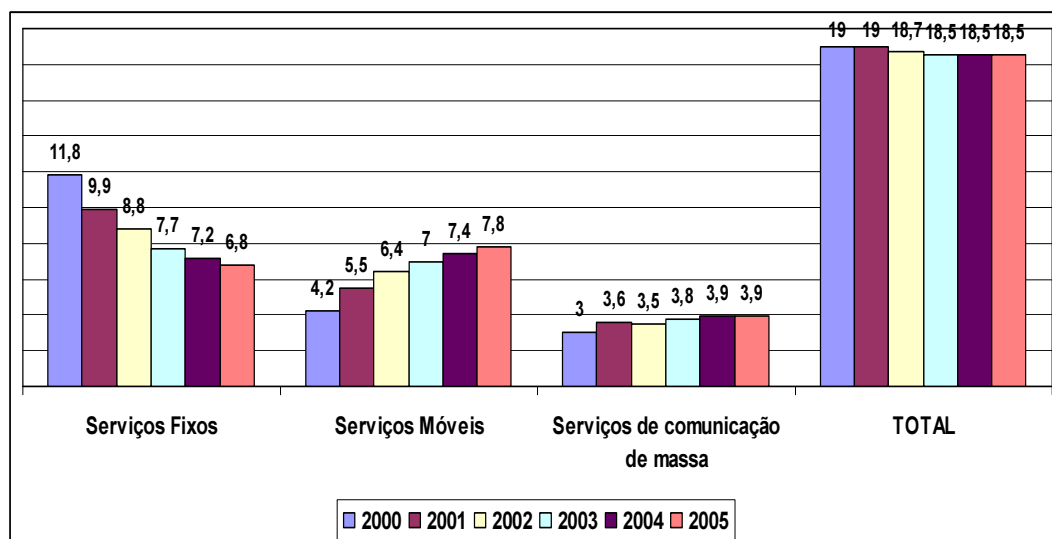
O Serviço Móvel Celular surgiu como serviço prestado em regime público. Antes até da Lei Geral, o regime era o de Concessão. Mas a própria Lei Geral previu a adaptação de Concessão para autorização para dar maior flexibilidade às empresas. Assim foi feito. O serviço foi adaptado. Não houve problema de discussão judicial de mérito com relação a isso. A única coisa que se discutiu no Poder Judiciário, mas não está encerrada, é se os bens seriam reversíveis ou não. Mas ao contrário, às vezes, do que se possa imaginar, o Serviço Móvel Celular está em apenas 2.800 a 3.000 municípios. Não está em todos os municípios do Brasil. Ao contrário do STFC que, inclusive, está em localidade acima de 100 habitantes. Pelo menos tem que ter um TUP lá. Acima de 300 já tem que ter um serviço individual, prestado individual. Então, o STFC, muito embora nós tenhamos hoje apenas 39 milhões de acessos em serviços, contra 115 milhões (celular), mas há uma concentração maior de celulares nas grandes cidades e nas de médio porte. A quem defenda a tese de que deveria ter a natureza de serviço prestado em regime público, mas houve essa previsão legislativa e os contratos de concessão foram adaptados para termos de autorização. E o regime foi para o regime privado, mas de interesse coletivo. A universalização em todos os municípios se dará com a licitação da 3ª Geração do Setor de Celular. Como contrapartida ao preço, as empresas teriam a obrigação de, em até 2010, prover os demais municípios, até 30 mil habitantes teriam isso. Depois até 2012, 2014, todos os municípios do Brasil já estariam na 3ª Geração⁷⁷.

O panorama traçado é benfazejo, ou seja, ele indica que haverá quase que uma universalização dos serviços móveis. Vale indicar que esse retrato não é uma característica especial do Brasil. Ela é típica dos países da América Latina, que possuem um enorme atraso em relação à instalação de dutos fixos de forma universal. O setor mais atrativo para

⁷⁷ ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 55.

investimentos em redes de telecomunicações, no curto prazo, era o referente aos sistemas móveis. Os dados da International Telecommunications Union demonstram que os Estados Unidos e Canadá possuem maior expansão em banda larga e linhas fixas (“main-wires”) do que nos serviços móveis.

Figura 6 – Investimentos privados na expansão das redes (2000 – 2005)



Nota: valores expressos em bilhões de reais.

Fonte: relatórios on-line da ANATEL. Disponível: <http://www.anatel.gov.br>.

Uma das reclamações possíveis sobre a questão dos investimentos diz respeito ao modelo de privatizações, que não permitiu o fortalecimento do capital nacional em relação à aquisição da participação acionária nas empresas. Como relatou um dos entrevistados:

Se você olhar bem: onde é que está o capital privado brasileiro em telecomunicações? Não tem! Simplesmente, não tem! Quer dizer, você pega uma Brasil Telecom, você tem fundos, brasileiros e estrangeiros. Você pega a Telefônica: é um estrangeiro. Você pega a Telemar; até que tem um pouco, sim. Mas, a enorme maioria são recursos de fundos estatais e de bancos estatais. Obviamente que lá ainda está [na TELEMAR] um grupo de empresários, os quais são espertos o suficiente para fazer um bom uso disso. É, no caso da Brasil Telecom, espertíssimos! [Daniel Dantas e o seu Banco Opportunity]. Eu acho que eles não tinham sequer 1% do capital e dominavam a empresa! Mas a [BRASIL TELECOM] funcionava em cima de um estrangeiro [TELECOM ITÁLIA]. Mas, no caso da Telemar, foi em cima de todos os brasileiros. Dos bancos estatais e dos fundos de pensão brasileiros! Então, o está o empresário nacional, como o Antônio Ermínio de Moraes, nas telecomunicações? Cadê o capital brasileiro? De pessoas? De empreendedores e não de fundos difusos estatais e de empresas estatais em telecomunicações? Simplesmente não existe⁷⁸.

78 SÁVIO PINHEIRO, advogado, membro do Conselho Consultivo da ANATEL. Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 33.

Essa crítica é similar à existente na literatura especializada sobre o tema. Um capítulo de livro, bastante completo sobre o assunto, lista a ocorrência de diversos problemas no modelo brasileiro de privatizações⁷⁹. Um dos graves problemas foi a inexistência de um sistema para facilitar a participação dos acionistas minoritários no processo. Isso praticamente inviabilizou a pulverização do capital das empresas, que seria bastante saudável para sua democratização e para melhorar, inclusive, a aceitação da privatização por parte da população.

1.5 Considerações intermediárias: os fundamentos compreensivos do dilema do consumidor em telecomunicações

Alguns argumentos retornam sempre ao debate. A apologia do novo mundo da prestação dos serviços privatizados está baseada na comparação entre o oferecimento atual de serviços e o passado:

Tem vários aspectos que estão aquém da expectativa. Porém, a parte positiva da desestatização não é sequer necessária de citar. Hoje, por 18, 20, 10 reais, o consumidor tem um telefone em 24, 48 horas, sem que ele precise ser acionista da Telebrás. No passado, era preciso dispor de um valor de 2000 dólares, à época. Bom! Com a desestatização, houve essa maravilha que hoje nós temos linha! Temos linha para isso e para aquilo. Linha não é mais um negócio! Hoje não se transfere linha. Se eu estou mudando, por exemplo, para outro bairro em Brasília, não precisarei mudar minha linha porque lá existe outro prefixo. Eu vou cancelar o contrato e mudar o acordo⁸⁰.

Do outro lado, está a concepção de que a privatização está relacionada com a supremacia de interesses privados empresariais sobre os interesses sociais, em especial, os direitos dos consumidores. A concepção é que nos mercados desenvolvidos, inerentes as sociedades ativas, os interesses empresariais são controlados pelo Estado. Todavia, o

79 ANUATTI-NETO, Francisco; BARROSI-FILHO, Milton; GLEDSON DE CARVALHO, Antonio; MACEDO, Roberto. Costs and benefits of privatization: evidence from Brazil. In: CHONG, Alberto (Ed.); LÓPEZ-DE-SILANES, Florencio (Ed.). **Privatization in Latin America: myths and reality**. Stanford, CA: Stanford University Press, 2005. p. 145-196.

80 ALEXANDRE JOBIM, advogado do setor e membro do Conselho Consultivo da ANATEL, entrevista, Brasília, 18 out. 2006. Ficha 105.

ressentimento é evidente ao dimensionar que o problema do desrespeito aos consumidores é notável nos países subdesenvolvidos, onde o Estado privilegia as empresas em detrimento das pessoas:

Todos os países de primeiro mundo seguem um sentido absolutamente inverso do que ocorre no Brasil. Há uma preocupação de cada vez mais proteger o consumidor. Afinal se existem consumidores cada vez mais fortes e amparados, o setor econômico inteiro se desenvolve. Por isso que a nossa Constituição estabelece em seu artigo 170, V, que um dos princípios da ordem econômica constitucional é a defesa do consumidor! Essa luta entre os empresários atuando junto com a ANATEL, os ministérios e até com o Presidente da República para suprimir direitos do consumidor... Isso é a linha inversa da melhor economia, do melhor desenvolvimento de um setor produtivo. E ainda fere direitos fundamentais. Por isso que não concordo nunca com o que tem sido feito nos últimos anos. Há uma semelhança dos procedimentos adotados pelas empresas de telefonia no mundo inteiro, com exceção dos Estados Unidos, até onde pudemos tomar conhecimento em um congresso na Cidade do México, no qual estive em fevereiro desse ano. A delegação do Brasil apresentou os problemas que nós temos aqui e, coincidentemente, os mesmos problemas que a delegação de El Salvador, da Costa Rica, da Nicarágua, Chile e também da Venezuela. A Argentina foi convidada, mas sua delegação não compareceu. A informação que se tem é que há problemas semelhantes. Então, há uma prática uniforme das empresas multinacionais que atuam no setor de telecomunicações em termos de alcance de direitos subjetivos, independentemente do Estado. Se um Estado protege mais ou menos o consumidor, isso não interessa para as empresas. Elas vão atuar daquele jeito. Então, há uma concentração na atuação das empresas e são poucas as empresas que atuam no setor de telecomunicações no mundo. Há uma desorganização e desinformação entre os Estados. Então, eles atuam de forma organizada e centralizada e os Estados não tem uma organização e centralização na defesa. Então, eles levam vantagem nisso, porque eu vi lá nesse colóquio que os países desconheciam a realidade dos vizinhos. Nós não sabíamos como o México estava envolvido em problemas de telecomunicações. São os mesmo problemas: cobrança indevida, falta de identificação de chamadas. Aqui no Brasil nós temos o entendimento de que essa assinatura básica é uma cláusula do que é prestado. O que justifica a assinatura básica é que ela é um financiamento do risco. Mas porque sempre transferir para o consumidor a responsabilidade do risco empresarial. A atividade empresarial tem que suportar o risco! Não existe atividade empresarial que não tenha risco. Logo, na atividade empresarial está sempre presente o risco e evidentemente está na posição de experimentar qualquer tipo de risco. Afinal, o consumidor não tem proveito na atividade, quem tem proveito é o fornecedor. O raciocínio pode ser feito à semelhança (*ratio ad simili*). Para resolver o problema, tem de haver uma comunicação mais efetiva entre os usuários e seus consumidores desse grande poder econômico do setor de telefonia que hoje atuam no mundo inteiro. O setor de telefonia estabelece uma forma padronizada, em todo mundo, desconsiderando direitos fundamentais. A não ser, excepcionalmente, no caso dos Estados Unidos, onde as empresas não se impõem aos interesses dos consumidores⁸¹.

81 HÉCTOR VALVERDE, magistrado do Distrito Federal, diretor da Associação Brasileira de Direitos do Consumidor (BRASILCON), entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 12.

É claro que existe uma réplica de que não há tão grande desrespeito aos consumidores no Brasil. Para esses intérpretes, o que existe é uma apropriação oportunista dos sistemas judiciais em prol de uma atitude predatória da parte de consumidores mal interessados. É quase como listar um conluio contra as empresas:

No caso dos outros países da América Latina, também não têm esse problema com telecomunicações. Por exemplo, isso não existe na Argentina, no Peru, no Chile. Eu não tenho nenhum tipo de registro⁸².

A síntese é que o histórico das privatizações e a transição do sistema – da gestão estatal direta para a supervisão regulada – marcaram os contornos de argumentos utilizados na luta judiciária do cotidiano:

Ainda existem processos judiciais nos quais as pessoas querem somente parcelar débitos. Eu falo que chega a ser um contrassenso judicial, porque o consumidor é o autor e a empresa-réu é a credora. Você é réu credor? O autor é o devedor? Você tem uma sobreposição complicada de papéis, enfim. A gente escuta muito... Argumentos passam até pelo processo de privatização. Você escuta coisas assim: “Isso é serviço público que nunca deveria ter saído do governo!”. Enfim, você sofre várias críticas sobre isso até hoje!⁸³

A conclusão da tensão existente no fenômeno da privatização e da liberalização das telecomunicações foi encontrar-se num ambiente jurídico imprevisto. No mesmo tempo, ocorria o incremento do poder judiciário como ator relevante nas políticas públicas. A tensão é tão sensível que um mesmo autor consegue expressá-la numa mesma palestra. Carlos Ari Sunfeld realizou uma conferência em homenagem aos dez anos da sanção presidencial da Lei Geral de Telecomunicações. O texto organizado da fala foi publicado⁸⁴. Confira-se no quadro abaixo, dois trechos:

82 SÁVIO PINHEIRO, advogado, membro do Conselho Consultivo da ANATEL, entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha

83 DÉBORA BRASIL & CRISTINA MARCONDES, advogadas da AMPLA S/A e ex-advogadas da TELEMAR S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 31 ago. 2006. Ficha 235.

84 SUNDFELD, Carlos Ari. Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações, *Revsta Brasileira de Direito das Telecomunicações e Informática*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 61, p. 68-69, 2002.

Quadro 10 – Dicotomia no uso dos princípios

Princípios são bons em Direito das Telecomunicações	Princípios são ruins em Direito do Consumidor
Sintetizo, então, as grandes características da LGT no tocante à organização dos serviços de telecomunicações. É uma lei-quadro, que apenas criou estruturas conceituais e principiológicas para o governo e o ente regulador, depois, editarem as normas substantivas – respectivamente sobre política e sobre regulação – organizando os serviços e adaptando-os às inovações futuras.	O consumerismo [...] é uma máquina de reivindicar, com seus agentes (associações e órgãos governamentais de defesa do consumidor, ministério público, advogados especializados na área), seu princípio (o da hipossuficiência do consumidor, que deve ser suprida pelo consumerismo), sua técnica (a luta pela contínua ampliação de benefícios ao consumidor), sua arena (as ações judiciais coletivas, especialmente a ação civil pública) e suas normas (o Código de Defesa do Consumidor, uma lei com mais princípios do que regras).

Fonte: formulação própria.

Assim, ao passo em que é louvada a construção de uma lei com textura aberta (princípios) que serão preenchidos pelo administrador público (o regulador), em outro trecho é criticada a abertura lógica dos princípios, quando aplicados aos serviços regulados, no qual litigam os consumidores. Reitere-se que os dois trechos são oriundos da mesma fala.

Após a descrição do processo de privatizações que ocorreu na prestação dos serviços de telecomunicações, será necessário encaminhar o segundo elemento fático que está relacionado com a luta judiciária dos consumidores em prol de seus direitos. Esse novo elemento é a emergência de um novo conceito jurídico de regramento dos modos de prestação que ganha expressão na regulação. Como será visto na próxima parte, a denominada regulação não é uma novidade jurídica em sentido puro. É uma adaptação do modo de estabelecer regras para prestação de tais serviços sob supervisão estatal. As agências reguladoras – aclimatadas no Brasil por força das privatizações, como solução institucional – têm uma trajetória tímida, em comparação com o papel que desempenharam em outros países. Será feito um breve relato sobre a sua institucionalização. Todavia, não é somente relevante conhecer os contornos legais de tais entidades.

O mais importante de reter dessa trajetória tímida, em termos concretos é a formação de um quadro subjetivo entre os juristas, que servirá para defender pressupostos funcionais para tais entes. Foi construído um discurso jurídico em defesa da isenção técnica das agências, enquanto entidades potencialmente infensas ao cotidiano político. Entender tal discurso será muito importante para o desenvolvimento do trabalho e será o objeto da próxima parte. Após essa exposição – no outro capítulo – será descrita a emergência de um movimento contrário, expresso por meio da potencialidade da luta judiciária em prol de direitos dos consumidores. A reação às mudanças, enfim, descritas nos dois primeiros capítulos. Vale lembrar, por fim, que o último capítulo relacionará os casos de disputas sobre os serviços de telecomunicações, demonstrando como a ação judiciária foi relevante para a sua modificação e reestruturação.

2 A EMERGÊNCIA DO CONCEITO DE REGULAÇÃO NO CAMPO JURÍDICO BRASILEIRO

Esse capítulo e o próximo formam um conjunto narrativo que objetiva indicar como se deu a absorção do conceito de regulação econômica e social no marco jurídico brasileiro. Esta construção deu-se ao mesmo momento em que se firmava na literatura um modelo para exportação de regulação, a partir do desenho institucional de agência reguladora independente propagada pelos documentos das instituições internacionais de indução ao desenvolvimento econômico (Banco Mundial, Banco Interamericano para o Desenvolvimento, dentre outros). Este modelo transnacional de gestão administrativo, ou de entidade estatal, foi adaptado por diversos países nos seus processos de reestruturação econômica, servindo de base para a geração de modelos nacionais de agências reguladoras.

Além de um modelo de organismo estatal, havia um modelo de arcabouço conceitual jurídico que lhe dava suporte e substância. Esta conjunção de elementos externos e nacionais frutificou, em países como o Brasil, uma doutrina jurídica do Direito Administrativo, relacionada aos imperativos econômicos. Em síntese, existem três elementos centrais que serão analisados neste capítulo:

- (1) As teorias que estruturam a organização de um modelo de agência reguladora, como produtos dos estudos econômicos, depois absorvidas pela doutrina jurídica;
- (2) O modelo geral aclimatado de agência, construído para o processo de privatização, no Brasil, com enfoque na luta judiciária para evitar a sua implantação primária; e
- (3) O debate entre os juristas, incluindo as disputas judiciárias, da área de Direito Administrativo sobre o modelo, consolidando-o.

Vale ser frisado que esse modelo geral de agência reguladora brasileira nunca chegou a existir de forma plena. Isso pode parecer paradoxal. Todavia, é compreensível pela análise detida dos vários setores. O arrazoado de modelo geral teve diversas variações e peculiaridades, nos específicos desenhos de reorganização de cada setor econômico e social que, portanto, vedaram a possibilidade de uma construção uniforme. Mesmo as recentes

tentativas de uniformização, com a aprovação de uma Lei Geral das Agências⁸⁵, não foram bem sucedidas.

Após a realização dessa descrição primária, dividida nesses três tópicos, será possível efetuar uma crítica da teoria consolidada do Direito Administrativo brasileiro. Essa crítica tem por fundo uma consolidação curiosa. Esse ramo do Direito brasileiro se desenvolveu de forma plena em meados do século XX. A concepção vigente era de que o Estado deveria ser forte, o que gerou uma peculiaridade nos países latino-americanos: o Estado desenvolvimentista acabou sendo confundido com um Poder Executivo excessivo e forte. Em perspectiva, portanto, tal origem gerou uma concepção teórica sobre o Direito Administrativo que relacionava o conceito de razão de Estado imiscuído aos conceitos de interesse público e de legalidade como sua base.

Paradoxalmente, a Constituição Federal de 1988 inverteu essa equação. A absorção dessa transição tem sido gradual da teoria do Direito Administrativo brasileiro. O período recente de construção do modelo aclimatado de agência reguladora foi pleno de exemplos de disputas entre consumidores e empresas de serviços regulados onde o centro do debate era definir qual direito objetivo que deveria preponderar: as regras definidas pelas agências; ou, o direito legal interpretado com sua proteção aos consumidores. Pode-se postular que existe a evidente necessidade de uma nova teoria do Direito Administrativo que dê conta dos problemas contemporâneos. A última parte do presente capítulo busca contribuir com tal arrazoado teórico ainda em formação.

2.1 As teorias que dão suporte ao modelo

O primeiro tópico diz respeito ao debate teórico sobre a necessidade – e o conseqüente grau – de ação do Estado na organização da vida econômica de um país hipotético. Quando se visualizam teorias – no campo da política e da economia – deste tipo, é importante ter em conta que o debate nunca se origina de pressupostos abstratos, em primeiro grau. Ele sempre é

⁸⁵ O Projeto de Lei n. 3.336/2004, da Câmara dos Deputados, foi a tentativa mais acabada para chegar a este ponto. Em resposta, o Senador Tasso Jereissati, propôs uma Emenda à Constituição Federal para atribuir características e prerrogativas gerais às agências. Também não foi bem sucedido. Ambos serão analisados ao final deste capítulo.

relacionado com os problemas práticos que foram sendo enfrentados na aplicação de políticas públicas.

No entanto, a tradução dessa concepção pragmática para a seara acadêmica é realizada pela necessidade na construção de modelos. Porém, para a construção de modelos, nem sempre são utilizados dados de forma intensiva. Desta maneira, ao menos no início do debate acadêmico sobre regulação, tais modelos eram menos informados por dados empíricos do que por pressuposições lógicas. Neste termo inicial, pode-se antever que existiam dois modelos amplos de interveniência estatal na vida econômica e social: a assunção de ampla gama de funções, por um lado; e, a menor assunção cotidiana de atividades de produção de bens econômicos e sociais. O centro desta discussão é a fundamentação de justificativas para a interveniência estatal. Ele pode ser sintetizado na pergunta, formulada por Lucia Helena Salgado, em artigo seminal sobre o assunto: “Qual o porquê da regulação econômica?”⁸⁶

A análise do debate teórico sobre o tema pode ser dividida em três conjuntos: as teorias do interesse público, as teorias do interesse privado e as recentes teorias institucionalistas⁸⁷. Esta é uma opção que se mostra útil para facilitar a compreensão do problema com conjunto com o fenômeno jurídico. Mas não é a única opção, como será indicado ao fim desta parte. Preliminarmente, vale detalhar a exposição destas teorias. Depois, vale indicar que existem outros modos de perceber as teorias relacionadas com o fenômeno da regulação, que serão criticadas.

2.1.1 Teorias do Interesse público (“public interest theories”)

Sob o signo amplo de teorias do interesse público, podemos indicar um conjunto de autores que defende a atuação interventiva do Estado na vida social e econômica por variados motivos de ordem geral (o interesse público, portanto). Estas teorias são usualmente criticadas por dois motivos centrais. O primeiro é a baixa aderência de seus modelos à comprovação

86 SALGADO, Lucia Helena. Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional. Texto para discussão, n. 941, Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, mar. 2003, p. 2.

87 MORGAN, Bronwen; YOUNG, Karen. **An introduction to law and regulation: texts and materials**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, cap. 2.

empírica. Assim, não existiriam provas de que há real necessidade, seja em termos de eficiência, seja por parte da sociedade, pela interveniência estatal⁸⁸. A conclusão mais grave decorrente deste ponto de vista é de que tais teorizações seriam meramente justificativas prescritivas para a ação do Estado contra a liberdade de ação dos indivíduos e, raciocínio contínuo, da própria sociedade. Portanto, ela seria a desculpa legitimadora da expropriação de poderes e espaço de ação por parte do Estado. A segunda crítica tem um critério filosófico preliminar. Ela pode ser considerada como um desdobramento refinado da primeira crítica. Para alguns autores, só é possível entender o funcionamento da economia a partir de modelos baseados na racionalidade decisória dos partícipes do sistema. Assim, a tendência desta racionalidade é tomada a partir de uma constante: os indivíduos atuam com o sentido de maximizar os seus ganhos, mesmo quando atuam coletivamente. Assim, o conceito de escolha racional, originado na eleição do consumidor ganha espaço crescente na teoria social e política⁸⁹.

Alguns economistas, como Mitchell & Simmons, consideram que este conceito é uma pressuposição consensual no campo econômico atual⁹⁰. Consequentemente, se este pressuposto é válido para a compreensão social da economia, ele será válido também para a compreensão social da política. Em síntese, por tal prisma não seria razoável, de ponto de vista analítico, que o mesmo cientista social utilizasse um modelo social com duas constantes de racionalidade para esquadriñar a ação dos indivíduos. Na concepção destes autores, as teorias fundadas em valores incorrem no seguinte equívoco: os indivíduos seriam egoístas nas suas ações econômicas e, ao mesmo tempo, altruístas nas suas ações políticas; o que não faria sentido.

88 A crítica é evidenciada pelo texto de Richard Posner. Cf. POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo. (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34 / Núcleo Direito e Democracia / Cebrap, 2004, p. 49-80. Ela será mais bem tratada em tópico posterior.

89 Uma interessante mirada sobre a expansão deste arsenal teórico para o campo da Sociologia pode ser acessado em: SCIBERRAS DE CARVALHO, Bruno. As condições sociais da ação instrumental: problemas na concepção sociológica da teoria da escolha racional. Dados: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 4, 2007, p. 827 a 862. O diagnóstico do autor demonstra que a perspectiva cultural é reconstruída em outras bases. Logo, os valores terão significado quando localizados em instituições normalizadas; tradição, ritos, por exemplo.

90 MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

Apesar de críticas como estas, ainda há uma pletera de autores trabalhando com teorias do interesse público. A área do direito, inclusive, é fortemente ancorada na utilização de valores como substrato para a compreensão das ações e da fixação de modelos de regras.

Este conjunto de teorias pode ser dividido em três subconjuntos. O primeiro é composto por autores que tiveram sua atenção primordial ao debate econômico. O segundo subconjunto abraça os autores que utilizam a noção de interesse público com uma dimensão valorativa. Assim, o conceito é designado por sua substância, que está relacionada com valores. Por fim, o terceiro grupo reúne a perspectiva procedimental, que induz flexibilidade ao problema da pluralidade de visão sobre o interesse geral, trocando-a por sistema de deliberação do interesse comum.

Após descrevermos estas três visões, poderá ser identificado que o conceito de interesse público é entendido por meio de diferentes delimitações instrumentais. A aproximação econômica delinea um conceito de interesse público que é vinculado ao inolvidável interesse da totalidade. O exemplo mais caro é a prestação de serviços de segurança pública. Um usuário pode não gostar de pagar pelo policiamento, porém será beneficiado indiretamente por ele, de qualquer forma. O conceito do interesse público, lido pelo prisma político substantivo está relacionado com uma dimensão valorativa, como a realização da virtude republicana. Mais do que um serviço comum, esta mirada busca desenhar o bem comum, como fundamento da ação estatal e da correção de assimetrias. A terceira interpretação conceitual é relacionada com uma dimensão procedimental, tributária da transposição da teoria de Jürgen Habermas para o campo do direito público⁹¹.

Comece-se com a aproximação econômica. A origem desta delimitação teórica está relacionada com a busca de um tipo instrumental de conceito teórico que possa aclarar e justificar a ação corretiva do Estado – ou outra entidade que lhe faça às vezes, como uma associação setorial, ou corporação – em relação aos mercados. A pressuposição teórica é que a ação dos indivíduos – ou grupos – em perseguição aos seus interesses transparece em falhas de mercado. Tais falhas se traduzem em ineficiência na alocação dos recursos, com prejuízos

91 A obra mais relevante para acompanhar o debate: HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge, MA: MIT Press, 1998. Trad. Bras.: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2 v.. Informações relevantes sobre a teoria de Habermas no campo do direito pode ser lida: MAIA, Antonio Cavalcanti. **Habermas: filósofo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

aos outros indivíduos e ao conjunto geral. Deve-se notar que o conceito primordial é o conceito de mercado abstrato e eficiente para realização da distribuição e trocas.

A falha primordial seria a ocorrência de monopólios, incluída a possibilidade de monopólios naturais. Dela se deriva a necessidade de correção do excesso de poder de mercado. Ainda, outra falha seria a emergência de externalidades negativas, bem como a assimetria informacional entre os atores econômicos.

No primeiro caso, em síntese, o monopólio – ou o oligopólio – seria a concentração de poder de mercado na mão de um, ou de poucos, fornecedor de bens. De posse da condição monopolista, não somente a firma se tornaria mais ineficiente, como também, seria incentivada a perpetração de abusos, como a prática de imotivados sobre-preços⁹². A literatura econômica expõe que alguns tipos de atividades e mercados seriam naturalmente tendentes ao monopólio, como aquelas que dependem de redes de distribuição muito caras, como é o caso da telefonia fixa comutada por meio de cabos. Assim, para evitar a monopolização, seria necessária a existência de um ator político e econômico, estabelecendo regras e corrigindo distorções. Caberia ao Estado realizar esse empreendimento, inicialmente. No entanto, associações de atores econômicos poderiam atuar como substitutos funcionais neste papel, como defendem alguns⁹³.

O segundo elemento é a limitação do poder de mercado, que tende a prejudicar os outros atores econômicos. Isso não quer dizer que o poder excessivo de mercado somente se expresse na figura do monopólio. Entretanto, o monopólio é a sua figura mais visível. Se um ator econômico necessita inevitavelmente do serviço de outro para produzir seu produto, torna-se evidente que este possui poder sobre aquele. Se o ambiente é de concorrência perfeita, o poder do fornecedor é minorado, já que poderá substituído. No entanto, existem fornecedores que não podem ser substituídos, ou duplicados, de forma simples. Um exemplo claro está ligado ao transporte das mercadorias. Se somente existir uma via, ela será um custo incontornável. No caso de existirem outras opções, o poder de mercado do gestor da estrada diminuiu. A minoração do excesso – ou, do abuso – de poder de mercado gera a possibilidade

92 Por mais que a literatura econômica seja fixada no conceito de oligopólio, é interessante anotar que existe a possibilidade de monopsônio, que é a dominação do mercado por somente um, ou poucos, fornecedor.

93 Cf. o cap. 4, “Enforced self-regulation”, p. 101 e seg., de: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulations: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

de que as agências de correção apliquem multas ou atinjam resultados por outros meios, como os subsídios e indenizações.

O terceiro caso de falha de mercado é relacionado com as externalidades negativas. Toda atividade econômica de um ator pode gerar consequências nas atividades sociais e econômicas de outro ator. O exemplo clássico e didático foi exposto por Ronald Coase⁹⁴. Nele se descreve um modelo bem simples no qual os agricultores são potencialmente prejudicados pelos pecuaristas, na ausência de uma cerca que impeça o rebanho de destruir as plantações. Como se atinge um equilíbrio (anulação dos potenciais danos), já que a construção de uma cerca exigiria recursos vultosos? Um modo é que haja a indenização prévia ao agricultor pelo pecuarista, que seria mais barata do que o erguimento da cerca. Todavia, o que poderia fazer o agricultor ante a inércia do pecuarista na resolução da equação? Somente perseguir a sua indenização por meio de um sistema que também possui custos: a regulação por uma agência administrativa, ou a solução pelo Poder Judiciário. Porém, outras questões emergem, tal como evitar que o pecuarista seja depredado – ante a justa revolta – pelo prejudicado agricultor. É fácil notar a ação do Estado como elemento de correção destas questões. Todavia, sempre é bom repisar, o que fazer se o sistema de correção – que possui custos – se tornar um foco de criação de assimetrias? Com esta ilação, é possível entender o incremento na complexidade do Estado contemporâneo, com cada vez mais agências nas quais se defende uma distinta pletera de visões sobre o interesse público.

Por fim, tem-se a falha de assimetria informacional. Considerando-se que o modelo de mercado concorrencial é baseado no conceito de escolha racional, um dos seus postulados necessários é a existência de condições claras e plenas para realização das opções. Quando os preços entre os bens similares não é transparente, torna-se mais difícil para que os atores optem. O exemplo sobre os preços é de fácil apreensão. Todavia, a noção de similaridade entre os bens é muito mais complexa, quando se pensa na nuance de qualidades. Ainda mais, quando se tem em conta que os referidos bens têm características incorpóreas, como são os serviços, o problema ganha tons de acrescida complexidade. A ação estatal pode minorar a assimetria, facilitando a comparação entre bens. Um exemplo de solução é a fixação de padrões. É mais fácil escolher entre tipos variados de bebidas, se as embalagens possuem o

94 COASE, Ronald. The problem of social cost. In: _____. **The firm, the market, and the law**. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1998, p. 95-156. Um artigo correlato ao tema da inter-relação entre direito e economia: LEOPARDI DE MELLO, Maria Tereza. Direito e economia em Weber. Revista Direito GV, São Paulo, v. 2, p. 45-65, 2006.

mesmo conteúdo. Outro é a clarificação de suas características. Porém, as escolhas sobre serviços são mais complicados.

O ponto central que deve ser retido é que, além, de uma concepção instrumental e analítica, também se deriva do conceito econômico de interesse público uma dimensão prescritiva. Ela justifica a intervenção de um ente meta-individual para efetivar a defesa do interesse público.

Passe-se à aproximação substantiva. O debate de construção e utilização dos conceitos, tal como realizados no campo econômico mostra-se demasiado estreito para ser aplicado ao campo do direito e das políticas públicas. A partir de tal constatação, vários autores tentaram estabelecer um diálogo acadêmico entre aquele acervo conceitual e o conjunto teórico que informa as pesquisas na área de filosofia política e direito. Desta crítica, emergiu a tentativa de compreender o fenômeno da regulação contemporânea sob o prisma substantivo de um conceito específico de interesse público. A regulação – assim como a interveniência estatal, de forma geral – será estudada com base na fixação de parâmetros substantivos. Um exemplo pode aclarar este debate.

O livro de Cass Sunstein – fortemente focalizado nas políticas públicas dos Estados Unidos da América – problematiza a questão da possibilidade de negociação de direitos, existente nas transações regulatórias⁹⁵. Um exemplo claro é visualizado pela moderna fixação de direitos inalienáveis, dentre os quais podem ser incluídas algumas cláusulas trabalhistas. Se não houver a fixação de balizas, para além das transações imediatas, há o risco de que a competição ilimitada entre os trabalhadores por posições no mercado possa estabelecer patamares de sujeição a direito minorados, que somente prejudicarão toda sociedade. O mesmo pode ser entendido a partir de padrões de segurança e qualidade de materiais. Se não houver limites, há a potencial amplificação do risco social que poderá significar mais custos a serem suportados por todos em longo prazo. Por conta desta ilação abstrata, justifica-se a necessidade de interveniência de uma entidade acima dos indivíduos e grupos que determine os limites das transações, com correspondentes direitos inalienáveis. Temas emergentes como a proteção ao meio ambiente e ao direito das gerações futuras, ganham espaço nesta dimensão.

95 SUNSTEIN, Cass. **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.

A preocupação de Sunstein é que haja uma interpretação das regras regulatórias que seja guiada por princípios. No entender do autor, os princípios devem ser utilizados para uma leitura geral das regras, a partir dos imperativos fixados na revolução de direitos que marcou a construção do “New Deal” e a sua ampliação, ocorrida nos anos sessenta do século passado. Assim, tal leitura por princípios deveria ser feita evitando três possíveis equívocos. O primeiro seria desconsiderar os princípios por visualizá-los como intromissões na discricionariedade que deve pautar as decisões administrativas. Eles seriam elementos de suporte analítico e de retificação, não modos de mitigação da legitimidade dos gestores. O segundo seria considerar que a existência de princípios pode permitir a desregulamentação. Por fim, o terceiro equívoco seria o uso de normas tradicionais de direito privado para dirimir polêmicas afetas ao interesse público, que é especialmente sensível no apego dos juristas estadunidenses ao conceito de contrato como peça fulcral do sistema normativo.

Todavia, o ponto negativo é a sua relativa indeterminação, especialmente em relação aos modos de determinação social de sua validade ampliada. Como pode ser mais legítima a proteção de determinado direito – exemplo, o meio ambiente – em detrimento de outro – o desenvolvimento regional? O próprio autor possui problemas com a enunciação de uma teoria substantiva baseada em princípios porque, no contexto de onde ele escreve, eles poderiam dar azo à mitigação das regras estatutárias – que marcam o processo de erguimento de um Estado administrativo no mundo anglo-americano – em prol do uso dos institutos jurídicos da “Common Law”.

Veja-se o debate procedimental. A apropriação da teoria da ação comunicativa⁹⁶, e da teoria do direito, enunciadas por Habermas se deu de forma ampla na academia internacional. A relevância da tábua conceitual construída pelo autor foi demonstrar a possibilidade de utilização de um conceito de interesse público bastante distinto do que era manejado pela teoria clássica do direito, fortemente normativa. Para Habermas, o ponto culminante da política nas democracias contemporâneas é o modo de definição de consensos, deriváveis de um claro debate público sobre o bem comum. Este tema é claramente passível de transposição para o debate das agências estatais e para o controle regulatório. Assim, emergiu toda uma gama de estudos que focalizaram nas questões relacionadas com a permeabilidade da

96 HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**. Boston, MA: Beacon Press, 1985, 2 v. O autor realizou uma apropriação específica da sua teoria para o fenômeno jurídico em: HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge, MA: MIT Press, 1998.

participação social dos interessados na fixação de regulamentos⁹⁷. No caso dos dois citados estudos brasileiros, o seu foco foi analisar a intervenção dos interessados nos processos de consulta e audiências públicas, mecanismos institucionais que foram introduzidos no processo administrativo brasileiro⁹⁸, tendo tido função de destaque nas agências reguladoras. O diagnóstico normativo dos trabalhos diz respeito que – apesar do longo caminho necessário a sua plena implantação – os procedimentos institucionais foram positivos para construir uma nova maneira de ação estatal.

O quadro não destoa de análises internacionais sobre o tema. O trabalho de Tony Prosser questionava e avaliava os métodos de participação social previstos nas empresas públicas britânicas da década de 1980, com destaque para o setor de telecomunicações e de distribuição de eletricidade e gás⁹⁹. Ele A sua conclusão era que as políticas públicas deveriam ser avaliadas em contraste com o conceito de situação ideal de fala, pelo qual se poderia avaliar a legitimidade das práticas regulatórias em relação à participação e à responsabilização (“accountability”). Observando os termos finais do presente debate, nota-se que ele se encontra no cerne da teoria política contemporânea e a relação do direito em prol da realização da justiça política. Pode ser feito um quadro simplificador, abaixo¹⁰⁰.

97 MATTOS, Paulo. **O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular / FAPESP, 2006. Do mesmo autor, veja-se: MATTOS, Paulo. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: COELHO, Vera (org.); NOBRE, Marcos (org.). **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 313-342.

98 Para uma visão jurídica do tema, cf. PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

99 PROSSER, Tony. **Nationalized industries and public control: legal, constitutional and political issues**. London: Blackwell, 1986.

100 Obviamente, este tema é muito mais amplo do que a simplificação aqui esboçada. Uma boa entrada no assunto, com pertinência ao debate jurídico: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

Quadro 11 – Síntese das teorias do interesse público

Três aproximações e teorias do interesse público	Síntese	Pontos positivos e negativos do acervo conceitual
Ênfase econômica ou alocativa	Há necessidade de corrigir imperfeições que as ações individuais criam.	Concreta, aplicável, porém muito restrita.
Ênfase procedimental	Há necessidade de prever mecanismos eficazes de participação na produção e acompanhamento das políticas públicas.	Abstrata, geral, porém possível de aplicação.
Aproximação substantiva	A realização do interesse público demanda que haja a ação de uma entidade que o protege da ação individual.	Abstrata, geral, porém muito plural

Fonte: formulação própria.

Logo, as teorias normativas do interesse público se baseiam na premissa de que existem situações nas quais os interesses privados tendem a prejudicar tanto os demais interesses fracionados, quanto o interesse geral. O único modo de solucionar o potencial dilema é a construção de um sistema apartado dos interesses particulares, de modo a equilibrá-los, em relação às demandas gerais.

2.1.2 Teorias do interesse privado

Uma das consequências práticas das teorias fundadas no interesse público é a responsabilidade atribuída aos agentes públicos. O discurso empreendido pelos agentes econômicos e políticos reproduz essa crença:

Uma ideia de agência reguladora sem que exista o mínimo de respeito aos princípios básicos que pressupõem uma agência reguladora. Fica tudo muito difícil. Fica difícil inclusive na moral das pessoas. A vontade de produzir e de pensar como um servidor público, ou seja, como um cidadão que está servindo ao Estado, fica muito difícil quando não há esse respeito. É o que está acontecendo, agora. Aliás, eu até aconselho você [a] conversar com algumas pessoas da ANATEL. [...]. Quer dizer, as pessoas que estão lá, a duras penas. Alguns deles estão dando seu sangue, *literalmente*. Tudo para tentar fazer com que a Agência opere de uma maneira eficiente e digna. Claro que ficam extremamente desapontados, desmotivados e se sentem pisoteados, na realidade. Então é uma coisa séria¹⁰¹.

101 SÁVIO PINHEIRO, advogado, membro do Conselho Consultivo da ANATEL. Entrevista, Brasília, 20 out. 2006.

A localização de valores como base de análise foi muito criticada por cientistas políticos e por economistas. O problema de considerar que, ante a existência de valores consolidados, depreender-se-á regulação profícua, gerou motivação para formação de teorias que buscavam entender o funcionamento geral do processo regulatório. A partir desta perspectiva, os conjuntos teóricos podem ser alinhados em uma visão de desconfiança acerca do otimismo regulatório ou de interveniência de um interesse superior, para analisar como se chocam e divergem os pulverizados interesses privados. A mudança de prisma é deslocada da visão de uma regulação “de cima para baixo” para a formação de conjuntos regulatórios “horizontais” ou “de baixo para cima”. Afinal, as regras regulatórias se formam a partir da conjugação de interesses privados colidentes, embora, também, em alguns casos, a partir de sua limitação ou desprezo.

É possível dividir as teorias orientadas pelo pressuposto de que as regras são formadas pelos interesses privados em dois grupos. O primeiro grupo agrega os teóricos que estão mais próximos da teoria política. Destaca-se a ‘teoria do principal agente’ e da ‘escolha pública’ (“public choice”). No outro grupo, estão os autores mais próximos do campo econômico, de onde o nome de George Stigler emerge como uma referência central.

A ‘teoria do principal agente’ está baseada na definição dos arranjos de delegação de poderes e, conseqüentemente, de responsabilização¹⁰². O principal atribui determinado poder ao agente que, em contrapartida, deve empreender as atividades correspondentes à delegação¹⁰³. Emerge a questão da fiscalização e da fixação de regras para o funcionamento da relação. A teoria é um bom instrumento para entender a complexa delegação de poderes e competências na máquina estatal, além de permitir uma análise relevante sobre o processo de gestão de serviços públicos concedidos. Note-se que o conceito de delegação não precisa restar restrito às atribuições formais. Ele pode ser ampliado para compreender como, na prática, determinadas funções são assumidas por entes da relação, apesar da inexistência de autorizações formais. Tal teoria configura um bom instrumento analítico porque permite que se encare o processo regulatório não somente pelo prisma dos valores ou do amplo interesse público que deve ser protegido. Ela possibilita que sejam entendidos os diversos arranjos

102 Artigo relevante para a compreensão da temática: MELO, Marcus André. A política da ação regulatória responsabilização, credibilidade e delegação, Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 16, n. 46, p. 55-68, 2001.

103 Uma obra coletiva relevante sobre o tema: THATCHER, Mark (Ed.); STONE SWEET, Alec (Ed.). **The politics of delegation**. London: Frank Cass, 2003.

entre os atores, bem como as variadas partes do aparelho estatal, que agem de forma divergente em prol de agendas muitas vezes dissonantes.

De acordo com Morgan & Yeung, o direito é entendido como um sistema produtor de bens que são disputados e que possuem a possibilidade de valorizar o trânsito de outros bens. Assim, a produção de normas gerais é entendida como uma disputa entre diversos grupos pela construção de marcos regulatórios que permitem valorizar, ou prejudicar, as transações no mercado. Assim, o papel do Estado é também relacionado ora com o conceito de arena disputada pela formação de regimes normativos, ora com o de um ator diretamente envolvido e interessado no regime formado. Todavia, nunca o Estado será entendido com o sentido de esposar um interesse de todos; ao contrário, será sempre visualizado como um agente – ou, como espaço – que defende interesses parciais ou próprios.

2.1.3 Teorias institucionalistas

O último conjunto agrupa, sob o rótulo de ‘teorias institucionalistas’, as teorias tradicionalmente manejadas para compreensão do fenômeno regulatório. Elas partilham entre si a relevância que é dada às estruturas supra-individuais, em detrimento ao papel majorado que é atribuído pelos dois conjuntos precedentes aos indivíduos. Um texto de acesso ao debate sobre a teoria institucionalista foi produzido por Cristina Andrews. Neste trabalho, a autora indica que a escolha racional pode ser entendida como um dos ramos do institucionalismo na ciência política contemporânea, figurando, no entanto, como vertente mais promissora. O pressuposto básico de análise é que as instituições afetam o comportamento dos indivíduos. Assim, se constrói uma crítica à concepção política construída, predominantemente, a partir de premissas como o cálculo individual de benefícios e malefícios. Desta forma, não é por acaso que o referido artigo acadêmico encontre no trabalho de Jürgen Habermas o seu melhor paradigma¹⁰⁴.

104 ANDREWS, Cristina. Implicações teóricas do novo institucionalismo: uma abordagem Habermasiana. DADOS: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, p. 271-299.

Existem outras teorias de cunho institucionalista que se aproximam da teoria do direito, com destaque para o influente trabalho de Ian Ayres e John Brainwaithe, acerca da regulação responsiva¹⁰⁵. O ponto central dos autores é buscar a realização de um mapa para a compreensão da dinâmica regulatória, tendo em vista as políticas em marcha no final do século passado. Assim, ele se coloca como tributário do debate realizado por Cass Sunstein, porém busca avançá-lo em relação à formação de quadro analítico. O conceito central para entender o projeto dos autores é a noção de tripartição. Eles indicam que a regulação das atividades privadas é compreendida a partir de dois polos: regulador e regulado. Eles buscam integrar, no processo, a análise dos grupos de interesse público (“public interest groups”, ou PIG, como acrônimo). Desta forma, criticam um conjunto de teorias fundadas na análise econômica e, com isso, buscam preencher lacunas, de modo a identificar esta tripartição do processo na formação e aplicação das regras. Se o conceito basilar para o dilema do prisioneira é a noção de cooperação, eles constroem um modelo de ação que a divide em confiança, cooperação e comunicação. Em síntese, a vantagem da teoria é ultrapassar a noção clássica de análise dos setores regulados do ponto de vista meramente dual, ao passo em que induz a necessidade de compreensão de um cenário no sentido mais amplo.

2.1.4 Outras classificações teóricas

Efetivado o arrazoado descritivo do debate teórico, é possível assentir que os três conjuntos perfazem a mais elucidativa classificação para destrinchar a relação entre o Direito e as teorias econômicas e políticas. No entanto, outro trabalho recente, desenvolvido no IUPERJ, utilizou um modo diferente de agrupar as mesmas teorias.

O trabalho de Alexandre Gheventer utiliza o corte tradicional entre teorias normativas (prescritivas) e positivas (analíticas)¹⁰⁶. Desta forma, são equivalidas as teorias do interesse público com aquelas agrupadas sob o rótulo da teoria normativa da regulação. No outro

105 Ayres, Ian; Brainwaithe, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

106 GHEVENTER, Alexandre. **Autonomia versus controle: origens do novo marco regulatório antitruste na América Latina e seus efeitos sobre a democracia**. Rio de Janeiro / Belo Horizonte: IUPERJ e Ed. UFMG, 2005.

campo, o autor expõe a teoria econômica da regulação e a teoria da captura. Ele segue um esquema que foi desenhado em um trabalho clássico por Richard Posner¹⁰⁷. Naquele artigo, é buscada a demonstração de que as teorias normativas da regulação seriam encobridoras do fenômeno que pretensamente aclarariam, já que os elementos prescritivos nublarão a compreensão específica do modo de intervenção na economia.

Desta forma, Richard Posner inicia o seu texto – assim como Alexandre Gheventer o fará depois – explicando que a teoria normativa da regulação consiste numa elucidação construída por economistas e que foi apropriada pelos juristas para a conformação de políticas públicas. Desta maneira, estas teorias pugnam por demonstrar que a intervenção estatal no funcionamento da economia tem origem nas falhas de mercado. O uso de Adam Smith por Gheventer aclara essa ideia basilar. Não basta a “mão invisível”; haveria que existir elementos visíveis para a sua correção. Em síntese, as falhas de mercado mais comuns seriam: a existência de monopólios naturais; a ocorrência de externalidades; e o fortalecimento do poder de mercado.

No primeiro caso, é exposto que alguns tipos de atividades e mercados seriam naturalmente tendentes ao monopólio. Para evitar esta monopolização, seria necessária a existência de um ator político e econômico, estabelecendo as regras e corrigindo as distorções. Caberia ao Estado realizar esse empreendimento, inicialmente. No entanto, as associações de atores econômicos poderiam atuar como substitutos funcionais neste papel, como defendem alguns¹⁰⁸. O segundo caso é relacionado com as externalidades. Toda atividade econômica de um ator pode gerar consequências nas atividades de outro ator. Um exemplo clássico e didático foi exposto por Ronald Coase¹⁰⁹. O economista descreve um modelo bem simples no qual os agricultores são potencialmente prejudicados pelos pecuaristas, na ausência de uma cerca que impeça o rebanho de destruir as plantações. Como se atinge um equilíbrio, já que a construção de uma cerca exigiria recursos vultosos? Um modo é que haja a indenização

107 POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Ed. 34 / Núcleo Direito e Democracia do Cebrap, 2004.

108 Os próprios Ayres & Brainwaithe elucidam esta possibilidade, com atenção ao quadro dos Estados Unidos da América e do Reino Unido. Note-se que eles estão pensando num tipo de intervenção, fortemente ancorada na vida social e comunitária. Não é a defesa da saída do Estado em prol de uma auto-regulada federação de interesses comerciais ou industriais privados. Cf. Ayres, Ian; Brainwaithe, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992, cap. 4, p. 101 e seg.

109 COASE, Ronald. The problem of social cost. In: _____. The firm, the market, and the law. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1988, p. 95-156.

prévia ao agricultor pelo pecuarista, que seria mais barata do que a cerca. Todavia, o que poderia fazer o agricultor ante a inércia do pecuarista na resolução da equação? Somente perseguir a sua indenização por meio de um sistema que também possui custos: a regulação por uma agência administrativa, ou pelo Poder Judiciário. Porém, outras questões emergem, tal como evitar que o pecuarista seja depredado – ante a justa irresignação – pelo prejudicado agricultor. O terceiro elemento é a limitação do poder de mercado, que tende a prejudicar os outros atores econômicos. Isso não quer dizer que o poder excessivo de mercado somente se expresse na figura do monopólio. Entretanto, o monopólio é a sua figura mais visível. Se um ator econômico necessita inevitavelmente do serviço de outro para produzir seu produto, torna-se evidente que este possui poder sobre aquele. Se o ambiente é de concorrência perfeita, o poder do fornecedor é minorado, já que poderá ser substituído. No entanto, existem fornecedores que não podem ser substituídos, ou duplicados, de forma simples. Um exemplo claro está ligado ao transporte das mercadorias. Se somente existir uma via, ela terá um custo incontornável. No caso de existirem outras opções, o poder de mercado do gestor da estrada diminui.

Logo, as teorias normativas do interesse público se baseiam na premissa de que existem situações nas quais os interesses privados tendem a prejudicar os demais interesses fracionados. O único modo de solucionar o dilema é a construção de um sistema apartado dos interesses peculiares para equilibrá-los.

Qual o problema da análise de Richard Posner? É fazer acreditar que as teorias normativas seriam analiticamente imprestáveis, majoritariamente, enquanto que as teorias positivas seriam clareadoras. Como bem expõem Morgan & Young, é evidente que existem elementos normativos nas teorias positivas e vice-versa. Aliás, ao se considerar que o sistema jurídico funciona com base em prescrições, fica límpida a impossibilidade de se tratar com valores e subjetividades tal como consolidadas em normas, mesmo que se busque a análise empírica e fatural.

Realizada esta exposição acerca do substrato teórico que orienta o problema da aclimatação da regulação por agência no Brasil, será descrita a modelagem definida para as agências reguladoras federais brasileiras. No penúltimo tópico será analisada a construção doutrinária de um conceito jurídico de regulação.

No próximo capítulo será realizada uma análise da teoria da judicialização, como base a partir da qual foi estudada a importância do Judiciário na formação dos regramentos reguladores. Desta forma, serão descritos os conflitos judiciais para a formação do conceito de agências reguladora, bem como as disputas relacionadas com o direito dos consumidores.

2.2 A construção de um tipo ideal de agência reguladora para um novo direito administrativo

Com o recrudescimento das privatizações, no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, na década de 90, veio o fortalecimento da opção pela institucionalização de um modelo importado das denominadas agências reguladoras independentes. As primeiras agências foram dedicadas à regulação de setores de infraestrutura. A ANATEL foi criada pela Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, regulamentada pelo Decreto n. 2.338/97, de 07 de outubro de 1997. No entanto, rapidamente, diversas outras agências apareceram no cenário nacional:

Quadro 12– Agências reguladoras federais e suas normas

Nome	Sigla	Lei instituidora
Agência Nacional de Telecomunicações	ANATEL	Lei nº 9.295, de 19/07/1996 (Lei Mínima); e Lei nº 9.472, de 17/07/1997 (Lei Geral de Telecomunicações); Decreto nº 2338 de 07/10/1997, modificado pelo Decreto nº 3.873 de 18/07/2001, pelo Decreto nº 3.986 de 29/10/2001 e pelo Decreto nº 4.037 de 29/11/2001
Agência Nacional do Petróleo	ANP	Medida Provisória nº 2.056, de 11/08/2000, convertida na Lei nº 9.478, de 06/08/1997; Medida Provisória nº 2.127-006 de 26/01/2001, regulamentada pelo Decreto nº 2455 de 14/01/1998
Agência Nacional de Energia Elétrica	ANEEL	MP nº 1531-018 de 29/04/1998 (reestruturação da Eletrobras); Lei n. 9.648, 27/05/1998; e Lei nº 9.427, 26/12/1996. Regulamentada pelo Decreto nº 2335 de 06/10/1997 Decreto nº 2364 de 05/11/1997 Decreto nº 4970 de 30/01/2004
Agência Nacional de Vigilância Sanitária	ANVISA	MPV 1791 de 30/12/1998 Lei nº 9.782, 26/01/1999, modificada pela MP 1814-001 de 25/03/1999; renumerada como MPV 1912-005 de 29/06/1999 ; MPV 2000-012 de 13/01/2000 MPV 2039-019 de 28/07/2000, MPV 2134-025 de 28/12/2000 MPV 2190-033 de 26/07/2001 Decreto nº 3571 de 21/08/2000, Decreto nº 3677 de 30/11/2000
Agência Nacional de Saúde Suplementar	ANS	MPV 1928 de 25/11/1999 Lei nº 9.961, de 28/01/2000; Decreto nº 3327 de 05/01/2000 MPV 148 de 15/12/2003
Agência Nacional de Águas	ANA	Lei nº 9.984, 17/07/2000 (regulamentada pelo Decreto nº 3692 de 19/12/2000) MPV 124 de 11/07/2003 MPV 128 de 01/09/2003 MPV 165 de 11/02/2004 MPV 170 de 04/03/2004
Agência Nacional de Transportes Aquaviários	ANTAQ	Lei n. 10.233, 05/06/2001, modificada pela MP nº 2.201, de 24/08/2001. DEC 4122 de 13/02/2002
Agência Nacional de Transportes Terrestres	ANTT	Lei nº 10.233, 05/06/2001, modificada pela MP nº 2.201, de 24/08/ 2001. DEC 4130 de 13/02/2002

Nome	Sigla	Lei instituidora
Agência Nacional do Cinema	ANCINE	MP nº 2.219, 04/09/2001 Decreto nº 4.121, de 07/02/2002, DEC 4330 de 12/08/2002 DEC 4237 de 17/05/2002 DEC 4456 de 04/11/2002
Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (nota: funciona em conjunto com a ANVISA)	CMED	Lei nº 10.742, 06 out. 2003
Agência Nacional de Aviação Civil	ANAC	Lei nº 11.182, 27/09/2005

Fonte: Dados da base legislativa do Senado Federal (<http://www.senado.gov.br>), organização própria.

A primazia da ANATEL decorreu mais da sua previsão na chamada “Lei Mínima” ou “Lei Específica” (Lei nº 9.265, de 19/07/1996), que acompanhou a Emenda Constitucional nº 08, de 15/08/1995, do que pela necessidade de organizar previamente o setor privatizado. Portanto, foi mais formal do que propriamente efetiva. É claro que existe uma diferença objetiva. A Agência Nacional de Energia Elétrica é cronologicamente anterior à ANATEL. No entanto, a agência que se firmou no imaginário com mais ênfase foi a segunda:

Então, eu acho que o Brasil não teve chance ainda, talvez nem tenha, de experimentar o sucesso do sistema de regulação por agência. O Brasil começou a experimentar o início de um sistema... Ele veio, coincidentemente, a partir da Lei da Anatel. Depois, as outras foram sendo criadas, mais ou menos aproveitando o mesmo momento. Mas a Anatel foi a primeira que se efetivou. Inclusive por questão de recursos¹¹⁰.

A referida Emenda Constitucional permitiu a exploração privada do setor de telecomunicações e abriu espaço para a venda da participação da União nas empresas da empresa “holding” Telebras S/A, como descrito no capítulo anterior. Assim, num primeiro momento, após a “Lei Mínima”, foram privatizados os serviços de telefonia móvel celular. Depois, foram vendidas as outras empresas. Além da privatização dos serviços telefônicos e da criação da ANATEL, os setores de petróleo e gás e de energia elétrica também foram “flexibilizados”. Para garantir o funcionamento destes novos mercados, várias agências foram criadas desde então. O que estava em jogo era a formação de um novo regime regulatório no Estado brasileiro. Assim, é possível notar que há quase um “regime geral” das agências reguladoras no Brasil com as seguintes características:

¹¹⁰ ALEXANDRE JOBIM, advogado do setor e membro do Conselho Consultivo da ANATEL, entrevista, Brasília, 18 out. 2006.

Quadro 13 – Principais características das agências reguladoras

	Aneel	Anatel	ANP
Autonomia decisória e financeira	Autarquia especial com orçamento próprio. Na tradição recente, a maioria das decisões das agências tem sido respeitada. Todavia, o sistema jurídico não fixa uma linha muito evidente entre a definição das políticas públicas e sua regulação.		
Estabilidade	Mandato fixo com critérios rígidos de exoneração dos diretores. Mandatos não-coincidentes e sem recondução.	Mandato fixo com critérios rígidos de exoneração dos diretores. Mandatos não-coincidentes.	
	Na prática, o governo pode utilizar uma ampla diversidade de táticas para erodir a ação da agência, bem como para forçar a exoneração de um dirigente.		
Transparência	Audiências públicas, Ouvidoria e Conselho consultivo.	Audiências públicas, Ouvidoria, Conselho Consultivo e Contrato de gestão.	Audiências públicas, Gravação eletrônica e divulgação das sessões deliberativas.

Fonte: PIRES, José Cláudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. A regulação dos setores de infraestrutura no Brasil. In: GIAMBIAGI, Fábio. MOREIRA, Maurício Mesquita. A economia brasileira nos anos 90. Rio de Janeiro: BNDES, 1999, p. 232, com adaptações.

Por mais que existam diferenças formais, o “modelo geral” das agências tem algumas características que são compartilhadas. As diferenças, que surgem em cada caso, podem ser identificadas tanto com as peculiaridades da regulação de cada setor específico, quanto com a formação de uma cultura regulatória de cada órgão. O mesmo ocorreu em outros países, como na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde podem ser localizados diferentes estilos regulatórios nacionais¹¹¹. Estas diferenças são indícios dos diversos modos de organizar as relações entre a sociedade, o Estado e o mercado. Correspondentemente, pode-se inferir que, de tal forma, se estruturam também maneiras diferentes de interpretar questões que devem ser demandadas judicialmente¹¹².

Atualmente, estão em curso dois movimentos políticos. O primeiro diz respeito à tentativa do governo federal (2003-2010) de aprovar uma legislação para limitar a atuação das agências. O segundo, herdado do governo anterior, constitui-se pela expansão do modelo de agências para outras áreas; notadamente, a área de cultura. Exemplos destas novas agências são a ANCINAV (que, após intenso lobby da indústria do audiovisual, ainda não foi criada) e a Agência Nacional do Cinema (ANCINE). A primeira estava relacionada com o intenso debate sobre o papel da imprensa, que vem ocorrendo no Brasil e na América Latina. Seu

111 VOGEL, Steven K. **Freer markets, more rules: regulation reform in advanced industrial countries**. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1996.

112 KAGAN, Robert A. (Ed.); AXELRAD, Lee (Ed.). **Regulatory encounters: multinational corporations, and American adversarial legalism**. Berkeley, CA: University of California Press, 2000.

curso de aprovação foi estancado, no entanto¹¹³. A segunda – Agência Nacional do Cinema – foi muito criticada, no contexto de insurgências ao modelo das agências:

O modelo de agências, sonhado no governo passado acabou. Eu não conheço o setor elétrico, não sei como está a situação da ANEEL. Não sei da situação da ANP, da ANVISA e dessas outras. A ANCINE - bem, ela é uma maluquice. É uma agência de fomento e, ao mesmo tempo, é um órgão regulador. Um paradoxo! Isso quer dizer que ela teria que punir a si mesma, eventualmente. Porque ela pode fomentar mal o projeto e ela é que vai fiscalizar [risos]. O projeto deu errado! Mas foi ela que fomentou. Mas quem poderá aplicar a sanção? Ela mesma! Então, se você olhar para o que ocorre hoje na ANATEL, é verdadeiramente um problema sério. O modelo é um fracasso. Não resistiu quatro anos. Sucumbiu a uma mudança de governo¹¹⁴.

Em relação ao primeiro movimento, pode ser depreendido que ele se tornou um dos pontos centrais da disputa no segundo turno das eleições para o cargo de Presidente da República, na primeira eleição de Lula. Houve a tentativa de replicar este debate também na eleição da Dilma Rousseff. É relevante visualizar que a questão não consegue ser descolada das privatizações, sendo este um entendimento próximo ao senso comum, no qual a questão da regulação tem haver apenas com o controle das empresas privatizadas e não com os modos de relacionamento entre o Estado, a sociedade e a produção econômica.

O candidato Luís Inácio Lula da Silva (PT), quando perguntado por colunistas do jornal “O Globo” sobre as privatizações, imediatamente se reportou às mudanças efetuadas no seu governo em relação às agências reguladoras. Na crítica do Presidente, elas estariam finalmente sendo subordinadas às políticas públicas traçadas na esfera federal, ao invés do descontrole do governo anterior¹¹⁵. Já o candidato de oposição, Geraldo Alckmin (PSDB), quando perguntado por articulistas do jornal “O Globo”, sobre o lado positivo das privatizações, respondeu:

Tenho colocado claramente: a Embraer tinha quatro mil trabalhadores. Hoje tem 12 mil. Telefone você tinha que declarar no imposto de renda, hoje você tem noventa, cem milhões só de celulares, fora telefonia fixa. Empresas que davam prejuízos, que o governo tinha que pôr dinheiro, hoje pagam imposto, geram riqueza. Então, sempre defendemos. [...] Não vou vender o Banco do Brasil, nem a Caixa

113 Para detalhes sobre o processo e a finada proposta, cf. RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. Revista de Informação Legislativa.

114 MURILO CÉSAR RAMOS, pesquisador do setor de telecomunicações (UnB) e coordenador na formação do corpo técnico da ANATEL, entrevista, Brasília, 15 out. 2006. Ficha 209.

115 O GLOBO, Caderno O País, 11 out. 2006, p. 12.

Econômica, nem os Correios. [...] A minha prioridade hoje não é vender ativos. A privatização cumpriu uma etapa importante. A minha prioridade é fazer concessão e parceira público-privada¹¹⁶.

Ainda, sobre as agências reguladoras, mencionou que “Temos uma diferença importante com o Lula, com o PT. Por quê? Porque eles enfraqueceram as agências reguladoras e os marcos regulatórios; criaram insegurança jurídica com essas invasões e o estímulo a esse tipo de procedimento”¹¹⁷. Este discurso pode ser compreendido como parte do problema, no qual o candidato de oposição se envolveu, acerca da privatização das empresas estatais. Uma parte sensível da campanha de reeleição foi baseada na contrariedade em relação às privatizações. Apesar do governo reeleito não ter se envolvido em processos de encampação, que é o termo jurídico para reversão das concessões e dos ativos colocados sob gestão privada regulada.

2.2.1 Origem do conceito de regulação

A primeira distinção que deve ser trabalhada é a existente entre os conceitos de regulação econômica e regulação social. De forma simples, o início do debate acerca do fenômeno das agências reguladoras deve passar pela delimitação de que o assunto se inicia no Brasil com a tradução de um formato institucional importado para lidar com a organização econômica. Todavia, estas instituições começam a ser utilizadas para além desta seara original. Desta forma, o debate se amplia para o âmbito da regulação social, também, cobrindo áreas como o fomento (ANCINE) e sistemas de fiscalização tradicional (ANVISA).

Há uma definição constitucional para o tema. Deste modo, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988, na redação original do art. 174, na abertura do capítulo da Ordem Econômica, indica que o Estado brasileiro possui a função estatal de efetuar a regulação da economia:

¹¹⁶ O GLOBO, Caderno O País, 18 out. 2006, p. 12.

¹¹⁷ Idem acima.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O conceito constitucional de regulação tem origem em uma concepção do aparelho estatal como parte da sociedade que intervém – diretamente ou indiretamente – na vida econômica para garantir a sua estabilidade. Ainda, ele permite compreender a função reguladora da economia, efetivada pelo Estado, em um sentido completamente geral. Em uma acepção liberal e clássica, por exemplo, ao editar normas gerais para o reconhecimento da autonomia individual para pactuar obrigações, o Estado efetuará tal função. Da mesma forma, com tal amplitude conceitual aceitaria uma definição desenvolvimentista para abarcar como reguladora a ação do Estado, ao fomentar uma atividade industrial específica, diretamente, por meio de uma empresa pública, criada e mantida com fundos exclusivamente derivados do tesouro. Como pode ser notado, tal conceito não possui clareza específica para auxiliar na compreensão do fenômeno recente das agências reguladoras. Isso se dá porque tal conceito amplo tem origem no debate econômico, antes de existir como tradução jurídica¹¹⁸. Naquele momento constituinte, tratava-se de perfilar, no mesmo dispositivo, que o Estado brasileiro, em relação ao funcionamento da Economia, teria duas funções que deveriam ser equilibradas: a função jurídica, como agente normativo; e a função econômica, como agente regulador. É possível interpretar que a postulação indicava a necessidade de que as duas funções fossem equilibradas na prática administrativa, por meio de uma política pública consistente.

A designação de um Estado regulador figura no centro da literatura jurídica. Assim, conforme informa Di Pietro, esta designação já constituía um prenúncio do debate sobre a emergência da substituição do modelo administrativo do Estado-providência por um novo tipo de Estado regulador¹¹⁹. No entanto, desde logo é de se mencionar que a transposição - ausente de crítica - da menção europeia de um Estado de Bem-Estar Social, para o Brasil, chega a soar irônica. No caso brasileiro, o mais razoável seria designar a experiência de um Estado intervencionista sob o rótulo de desenvolvimentista, como frisa Boaventura de Sousa

¹¹⁸ Um bom exemplo desta constatação: AUTIN, Jean Louis. *Réflexions sur la notion de régulation en droit public*. In: MIAILLE, Michel (Dir.). **La régulation entre droit et politique**. Paris: L'Harmattan, 1995.

¹¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 176.

Santos¹²⁰. A mesma lógica informa o uso do termo “desenvolvimentista” por diversos outros autores que trabalham sobre o tema do direito e desenvolvimento econômico¹²¹.

A nova designação de regulação é mais restrita do que aquela acepção constitucional. Ela foi trazida, como projeto político efetivo, com o Plano Diretor para Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, como visualizado no capítulo anterior. A sua materialização ocorreu por meio da criação de várias agências reguladoras federais e, posteriormente, pela formação de várias agências estaduais. O objetivo primário destes novos entes estava inicialmente relacionado com o controle na prestação dos serviços públicos. Desde o início, o papel dos novos entes estatais não foi apreendido de forma unívoca. A própria designação substantiva do que deve ser realizado para efetivar a regulação é parte do problema:

O que aconteceu na criação da Anatel? Houve uma confusão, na minha visão, na criação das agências. Houve uma confusão sobre qual deveria ser o papel real dessas agências. Muitos entendiam que as agências tinham o papel principal de defesa do consumidor, outros diziam que uma agência deveria tirar a interferência política do Estado. Pela última concepção, elas deveriam tratar dos assuntos com maior capacidade técnica na questão da infraestrutura, de modo a dotar o país em melhores mecanismos. Na verdade, o que a gente percebe em regulação é que, às vezes, você regula para ampliar o mercado. Outras vezes, regula para proteger o mercado. A regulação pode ser interesse dos atores do mercado. Ou, pode ser interesse da sociedade. Na verdade essa compreensão de regulação para nós, usuários, ainda não ficou muito bem definida. Em função disso foi se criando apêndices ao redor. Você criou, por exemplo, uma estrutura composta por: Conselho Consultivo, obrigatoriedade de consulta pública, Ouvidor, ou seja, se foi criando uma série de mecanismos paralelos no sentido de melhorar a visão de atuação em cima dos direitos dos usuários. Só que esses mecanismos, aos poucos, acabaram se tornando entraves à própria regulação como um todo¹²².

Entretanto, com o passar do tempo, o modelo começou a abarcar novos campos de atuação. Um exemplo é a fiscalização, no sentido tradicional, cuja expressão evidente é a vigilância sanitária. Outro é a área de fomento e desenvolvimento de um setor econômico específico, como é o caso do cinema e da produção audiovisual. Assim, a síntese da acepção jurídica (logo, restrita) de regulação é encontrada, portanto, na função desempenhada pelas agências reguladoras. Apesar disto, esta nova definição sofre com um tortuoso caminho jurídico para ser aclimatada com a postulada primazia de inovadora função estatal. Na leitura

120 SOUSA SANTOS, Boaventura; LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas, Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, n. 30, 1996, p. 42.

121 SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

122 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 135.

simplória, trazida por alguns doutrinadores brasileiros, ela reuniria nas agências todas as funções estatais em sentido amplo: executivas, legislativas e judiciárias. Isto ocorreria pela necessidade de autonomia / independência destas entidades em relação ao aparelho tradicional e, principalmente, para viabilizar a sua operação especializada em relação ao seu setor regulado.

Além da localização de uma definição de regulação em sentido estrito, existem várias distinções conceituais preliminares que são imperativas para a compreensão do debate contemporâneo: **(a)** a diferença entre o conceito tradicional de regulamentação e regulação (em sentido estrito); **(b)** o conceito de des-regulação, típico do debate norte-americano da década de 1980; **(c)** o conceito de des-regulação, para explicar o panorama europeu de construção de autoridades administrativas independentes (agências); e **(d)** a noção de regulação, aclimatada como um novo tipo de direito.

(a) A primeira diferenciação necessária deve ser feita em relação à noção de regulamentação e regulação. O conceito de regulamentação é tradicional na doutrina administrativa dos países de tradição jurídica romano-germânica, especialmente francesa. É a localização, em sentido amplo, da função geral do Estado de impor regramentos para suas próprias atividades e para limitar a ação dos indivíduos, em decorrência do atributo fixado pelo princípio da legalidade. A questão central diz respeito aos decretos autônomos, ou seja, a capacidade regulamentar do Poder Executivo sem que haja aderência a uma lei prévia, aprovada pelo Poder Legislativo. Um dos entrevistados indica que a agência teria sucumbido ao excesso de detalhes, em relação aos seus objetivos regulatórios:

Aliás, esse é um dos problemas que eu acho que tem nas nossas agências. Elas começaram a regular o detalhe, que é uma coisa que não deviam. Um grande erro. Um problema evidente ocorre quando a Anatel impõe índices que tem que ser alcançados, índices de qualidade, por exemplo. Ela ele impõe, por exemplo, tais padrões para um determinado serviço; para todos os prestadores que atuam naquele determinado serviço. Isso é um erro! O que seria correto? O que eu acho que seria o correto, é repetir o que se faz em outros países. É definir quem é que ocupa o papel de operadora, dominante. E exigir da operadora dominante um determinado padrão. Veja que você exigir da Global Village Telecom [GVT], em Brasília, o mesmo padrão de oferecimento, a mesma qualidade da Brasil Telecom, é um equívoco. É condenar a concorrência da GVT ao fracasso. Porque se o consumidor quer aquele índice de qualidade, ele poderia escolher ir para a Brasil Telecom. Agora, se o consumidor quer alguma coisa que não exista na cesta da dominante, que não seja serviço da Brasil Telecom, mas que tenha algum outro atrativo, ele vai lá no cara da concorrência. O sistema de Planos de Qualidade não permite isso. Ele traça um padrão geral. De onde isso vem? Isso é herança de Telebras, viu? Porque a elite da ANATEL ainda é da Telebras. Pessoas que são oriundas ou ainda estão na Telebrás, ou seja, ainda são funcionários da Telebrás. A elite da ANATEL é assim! Vêm com aquele pensamento de Telebrás, daquela regulamentação minuciosa. O parafuso tem que ser de um jeito “não sabe o quê”. Tem muito disso! Não devia ser assim. Por exemplo, tem uma regulamentação super minuciosa de qualidade na TV por

assinatura. Francamente, eu acho que não devia ter nenhuma! Zero! Porque tem bastante competição. Então, esse tipo de regulamentação tinha que ser exceção. Mas é a regra. Eu acho isso incorreto! Danoso ao desenvolvimento das telecomunicações no Brasil. Quer dizer, são impostos índices que prejudicam a formação de uma cultura da concorrência¹²³.

É óbvio que os argumentos acima indicados poderiam ser contraditados com base no fato de que a sua implícita defesa reside na necessidade de expandir a competição. Porém, ele apreende uma cultura regulatória na qual a fixação de regras por meio de resoluções é o objetivo central das agências. Nesta perspectiva, tais entidades teriam um enorme papel de regulamentação, no sentido tradicional.

Em regimes de exceção, ou seja, tempos de aviltamento do Poder Legislativo face ao Poder Executivo, a doutrina da capacidade regulamentar autônoma não encontrou óbices conceituais. Se o regime constitucional de exceção aceitava até a edição de leis por meio de decretos-lei, não faria sentido criar obstáculos aos decretos, propriamente considerados. No ambiente restaurado, todavia, a edição de regulamentos é bastante limitada por meio da legislação, como uma forma de atribuir primazia ao Poder Legislativo. Em síntese, a noção de poder regulamentar, fixado em lei, foi tradicionalmente incorporada sem problemas pela tradição jurídica romano-germânica e, também, pelo direito administrativo brasileiro.

Todavia, o que se impõe doutrinariamente é a noção de produção de regras para organização de um setor econômico, por meio de regulação. Ela seria possível, ante a ausência de fixação legal prévia. Logo, a lei preveria generalidades, as quais a agência poderia complementar conforme a necessidade.

Quadro 14 – Diferenças entre conceitos sobre regulação.

Conceito	Expressão normativa	Definição
Regulamentação	Decreto regulamentar	Representa a tradicional de edição normativa nos limites da lei.
Regulamentação	Decreto autônomo	Significa a edição de normalização infra-legal para organização interna da administração pública, sem que exista previsão legal específica.
Regulação (em sentido estrito)	Resolução / Regulamento	Noção contemporânea de regramento regulatório para ordenação de um setor econômico / social específico; importado do modelo norte-americano.

123 SÁVIO PINHEIRO, advogado, membro do Conselho Consultivo da ANATEL. Entrevista, Brasília, 20 out. 2006.

A consequência mais evidente do dilema é o debate acerca do poder normativo das agências reguladoras¹²⁴. Até que ponto haveria a possibilidade de que tais entidades pudessem estabelecer as regras de um setor, sem ferir a legitimidade do Poder Legislativo? A literatura não possui respostas normativas ao problema. Pierre Rosanvallon dedicou um capítulo de sua trilogia ao tema. A conclusão dele é relacionada não com a perda de legitimidade do poder político – um esvaziamento da soberania –, mas, sim, com a formação de delegações de legitimidade política dentro da complexidade estatal contemporânea. Lido desta forma, o diagnóstico justapõe as agências reguladoras com as cortes constitucionais e os demais tribunais autônomos^{125 126}.

(b) O segundo tema relacionado é o conceito de des-regulação, que requer a compreensão do sentido de regulação, no caso norte-americano. Para tanto, há que se entender o conceito de direito administrativo, em sentido amplo, na tradição jurídica daquele país, em sentido geral. Nos Estados Unidos, as categorias jurídicas não são rigidamente estruturadas de forma legislativa. O direito originado pelas legislaturas tende a ser genérico e formador de balizas amplas, que tendem a ser delimitadas, na prática, para interpretação e aplicação¹²⁷. Assim ocorre com os tribunais e, também, com as entidades administrativas, ou seja, com as agências. Em paralelo, a regulação, no caso brasileiro é distinta. Porém, há um diálogo, já que o conceito foi aclimatado como o desempenho de uma função reguladora, produzida pelas entidades específicas, que seriam legalmente dotadas de prerrogativas especiais. Ela contém subfunções quase-executivas (concessão e fiscalização), quase-legislativas (edição de regulamentos e resoluções) e, também, quase-judiciárias (definição de conflitos), como será indicado posteriormente.

Desta forma, do ponto de vista político, foi cunhado no ambiente latino-americano o termo des-regulação como um equivalente ao termo de desregulamentação. Ele foi

124 SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

125 ROSANVALLON, Pierre. **Le légitimité démocratique: impartialité, réflexivité, proximité**. Paris: Éditions du Seuil, 2008 (Coleção 'les livres du nouveau monde'), parte II, cap. 1.

126 Serão visualizadas, em tópico posterior, informações mais técnicas sobre o poder normativo das agências reguladoras. Além de que será realizada uma nota sobre a aceitação da regulação, no sentido norte-americano para produção de normas jurídicas.

127 Sobre o sistema americano de produção de normas jurídicas por agência, cf. LUBBERS, Jeffrey. **A guide to federal agency rulemaking**. 4 ed. Chicago, IL: American Bar Association Publishing, 2006.

relacionado de forma simples à mescla de privatização, combinada com a retirada do Estado de áreas nas quais ele havia se imiscuído ao longo dos anos. Estes conceitos foram usados de forma indiscriminada para identificar reformas do Estado realizadas no Brasil, Argentina e demais países do continente.

Já o termo “desregulação”, como tradução de “deregulation”, possui um paralelo tênue com o debate norte-americano, que estava relacionado com a diminuição da interveniência das agências reguladoras na condução da economia e da vida social. Aquelas entidades administrativas tiveram crescimento relevante após a década de 1930, com a formação de um Estado administrativo federal. Vale ressaltar que as reformas sociais e econômicas, agrupadas sob a designação de “New Deal”, efetivadas na gestão do Presidente Franklin Delano Roosevelt, foram objetadas na Suprema Corte por serem consideradas incompatíveis com a tradição jurídica daquele país. Tal objeção não prosperou e o Estado administrativo cresceu fortemente naquele país. Na década de 1980, em especial durante os dois governos do Presidente Ronald Reagan, houve uma ampliação no debate para controlar as agências reguladoras, impondo o fortalecimento de controles pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo. Mesmo a revisão judicial dos atos administrativos experimentou uma ampliação por meio de novas doutrinas sobre o “Administrative Procedure Act” federal.

O outro vocábulo desta semântica é a noção de “deslegalização”. Um autor de Direito Administrativo mostrou-se entusiasta das mudanças políticas em curso no Brasil e cunhou tal termo. Assim, para interpretar – e defender – o movimento de alteração no direito brasileiro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto cunhou a designação “deslegalização” para indicar a perda da capacidade do Poder Legislativo de dar detalhamento regulamentar para diversas atividades econômicas de caráter complexo¹²⁸. De tal forma, ele identificou o processo de constituição do poder normativo das agências reguladoras como a atribuição de perda da força da lei, no sentido tradicional. Esta interpretação é um equívoco conceitual porque não há perda da força das leis, em detrimento das agências reguladoras. Na verdade, a maior dificuldade prática experimentada por elas é o estabelecimento de sua capacidade normativa propriamente como regulação. Em outras palavras, o dilema delas não é ultrapassar a noção

128 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. Em especial, p. 197 e seg.. Há breve exposição também em: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

de lei; mas tão somente definir um ponto intermediário além da amarra conceitual de regulamento.

(c) Há ainda que se repassar o conceito de re-regulação. Como reação crítica à transposição do termo norte-americano (“deregulation”), de forma simplista e direta, ao panorama europeu continental e latino-americano, criou-se o conceito de “re-regulação”. O centro desta definição crítica seria indicar que o processo não seria de uma diminuição de capacidade reguladora do Estado. Ela seria a troca de um modelo administrativo por outro. Esta mudança demandaria a formação de novos delineamentos jurídicos que seriam evidenciados na forma de uma nova regulação, portanto.

(d) Por fim, veja-se a noção de regulação, aclimatada como um novo tipo de direito. O último tópico está relacionado com um debate conceitual. Alguns autores, como José Eduardo Faria, indicam que a regulação norte-americana surge no panorama mundial como uma nova forma de direito, que é absorvido pelos diversos países na expressão jurídica de um processo de globalização econômica¹²⁹. Esta tese é atraente do ponto de vista teórico, sendo certamente a concepção mais operacional, porém apresenta algumas necessidades de adaptação, como será visto ao final deste capítulo.

Uma crítica que pode ser feita é que este conceito de Direito transnacional, é aclimatado em relação ao contexto político e à tradição jurídica de cada país. Assim, ele dá forma a expressões locais específicas que, muitas vezes, não guardam uma relação tão direta com a matriz conceitual de onde eles foram extraídos. No caso das agências reguladoras brasileiras, isto tem especial sentido.

Assim, a partir desta crítica, pode ser produzida uma hipótese. Há uma possibilidade da confusão existente nas nossas instituições que, talvez, resida na fonte dupla para inspiração e, conseqüentemente, extração conceitual. Ao mesmo tempo em que a experiência americana era copiada, foi-se buscar inspiração nos modelos europeus de autoridades administrativas independentes, porque estes eram mais próximos da tradição romano-germânica¹³⁰. Uma pista que pode ser derivada de tal possibilidade é a possível confusão terminológica entre independência e autonomia, incluída ao mesmo tempo nas leis criadoras das agências reguladoras.

129 FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

130 Esta é a conclusão de alguns autores, como: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e regime jurídico**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005.

2.2.2 O conceito de função reguladora como chave para o debate jurídico

Existe uma quantidade razoável de literatura jurídica sobre regulação no Brasil. Por mais que ela seja extensa, é possível mapeá-la em sua quase totalidade para afirmar que o conceito de regulação é principalmente construído de forma instrumental. Ele é entendido pelos doutrinadores brasileiros não como um fenômeno social e econômico, como na literatura estrangeira, mas, sim, como um novo instrumento de ação estatal. Mas mesmo o contorno deste novo instrumento não é definido com muita clareza. Assim, ele acaba sendo identificado com o modelo administrativo de agência reguladora e com características necessárias que estas devam possuir para controlar ou fiscalizar os setores regulados.

A noção de autonomia administrativa não é incompatível com o ordenamento jurídico nacional. É lugar comum mencionar que as universidades possuem a prerrogativa de autonomia atribuída no art. 207, da Constituição Federal de 1988. Aliás, esta prerrogativa constitucional foi estendida aos centros de pesquisa pelo acréscimo neste artigo do §2º, pela Emenda de Revisão nº 11, de 1996. O problema central das agências reguladoras está adstrito à definição normativa do que seria a sua inovadora função reguladora; com a sua correspondente fixação de limites, inclusive. Esta delimitação é o ponto nodal que contrapõe os doutrinadores em dois campos colidentes.

Podem ser listados dois conjuntos de opiniões normativas dos juristas que trabalham com a matéria. Há aqueles que acreditam que o modelo é uma adaptação necessária e imperiosa aos ditames contemporâneos. Há também outros autores, cujo entendimento é o de que o modelo não encontra guarida em nossa tradição administrativa, sendo fruto de interesses políticos. Vale ressaltar que a crítica baseada nos interesses políticos acaba por identificá-los como perversos fatores extrajurídicos. Sendo, nesta visão, portanto, normalizações que não deveriam ser integradas ao sistema legal brasileiro.

Quadro 15 – As duas correntes doutrinárias sobre regulação

Inexoráveis mudanças / adaptações	Integração ideológica e extrajurídica
Luís Roberto Barroso Diogo de Figueiredo Moreira Neto Alexandre dos Santos Aragão Marcos Juruena Vilela Souto Carlos Ari Sundfeld Floriano Azevedo Marques Neto Calixto Salomão Filho	Celso Antônio Bandeira de Mello Maria Sylvia Zanella Di Pietro Marcelo Figueiredo Eros Roberto Grau

Este debate possui sentido porque a literatura internacional focaliza o conceito de regulação de forma diversa. O conceito de regulação que será utilizado neste trabalho é próximo ao que está descrito nos trabalhos de economistas, cientistas políticos e sociólogos, ou seja, de que a regulação é uma forma de realização de práticas sociais. Ela permite arranjos coercitivos ou cooperativos visando à realização de finalidades, aceitáveis do ponto de vista jurídico. Como produto em contínua construção, ela diz respeito à sedimentação no modo pelo qual estão organizados os arranjos sociais e produtivos na esfera pública e o âmbito privado. A ação regulatória é mais ampla do que a mera fiscalização e pode comportar uma ampla gama de ações dos reguladores, regulados e interessados (organizados ou não). Obviamente, estas relações se sedimentam em relações juridicamente orientadas para possuírem aceitação racional. Mas uma negociação entre o órgão regulador e os regulados fica fora do escopo dos doutrinadores brasileiros, tendo em vista que estes, usualmente, visualizam uma alteração formalista. Porém, examinem-se as opiniões jurídicas, uma a uma. Na opinião de Luis Roberto Barroso é patente a inexorabilidade porque “a questão que se vive hoje da desconstrução do Estado brasileiro, por ruim que possa ser; não é uma opção ideológica, é uma inevitabilidade histórica”¹³¹.

No caso de Marcos Juruena Villela Souto, as mudanças estavam relacionadas com a necessidade de assegurar o aporte de recursos do setor privado em áreas outrora geridas pelo poder público. Assim, indica que “o quadro que se apresenta é de que o Brasil tem procurado adotar uma postura de reconhecimento da importância do papel da iniciativa privada para o desenvolvimento nacional, (...) para atrair e dar segurança ao investidor, como preconiza o princípio da livre iniciativa que inaugura a Constituição da República”¹³².

Em estudo prospectivo – feito como subsídio do debate sobre as propostas de reformulação do sistema de agência –, anotou Floriano de Azevedo Marques Neto que “as transformações ocorridas nos últimos anos – de forma acentuada no Brasil, mas igualmente em vários países do continente europeu – (...) apontam para uma redução da intervenção direta e do incremento de uma nova forma, substancialmente distinta daquela (...); tem lugar

131 BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 109-131. Cit., p. 110.

132 VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito administrativo da economia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 255. A obra é dedicada às transições econômicas, como o processo de desestatização. Assim, este estudo é complementado logicamente por: VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito regulatório**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

entre nós o fortalecimento do papel regulador do Estado, em detrimento do papel do Estado [como] produtor de bens e serviços”¹³³.

A segunda base é que estas mudanças são adaptações do meio jurídico às necessidades econômicas. É a descrição de uma modernização globalizada dos sistemas jurídicos dos países de tradição romano-germânica continental. A adaptação jurídica decorre de imperiosas necessidades econômicas. Entre estas, há a necessária liberalização na prestação dos serviços públicos, a quebra dos monopólios, etc. Assim, a justificativa baseia-se em argumentos em prol de uma moderna racionalidade econômica, de caráter global. O que torna a narrativa complicada é a tradicional prática formalista, que ignora os elementos exógenos do seu ponto de vista analítico. Quando a dimensão externa ao direito é enfocada, o que transparece é a absorção de uma legitimidade econômica, que corteja em muito com o senso comum. O raciocínio pode ser demonstrado com o trabalho de Sara Jane Leite de Farias¹³⁴:

Quadro 16 – Exemplo de raciocínio doutrinário em prol da regulação

Premissas	Detalhamento	Trecho do trabalho
A	O conceito de serviço público mudou.	“Até ser alcançado o estágio atual, a noção de serviço público alterou-se (e muito) conforme a evolução da sociedade e do próprio direito” (p. 1).
α.1	As definições doutrinárias existentes são insuficientes para classificação.	“Conclui-se que os três critérios apresentados para a construção do conceito de serviço público (subjetivo, material e formal) foram de grande valia quando do desenvolvimento da teoria clássica do serviço público. Entretanto, a evolução dos fatos demonstrou que todos se revelaram insuficientes e ultrapassados [...]” (p. 13).
α.3	A definição atual é atrelada à noção eficiência.	“Percebe-se que o modelo atual de serviço público não está atrelado aos critérios clássicos alhures apontados mas, sim, às características impostas pelo próprio Estado por meio de sua atividade legislativa e regulatória. [...] É o agente regulador que irá determinar o regime jurídico a ser implementado, com vistas sempre na busca da eficiência.” (p. 14-15).
Conclusão	O novo modelo tem origem na resposta à falência do modelo econômico anterior. Ela incorporou o conceito de eficiência como produto do novo modelo reformado.	A intervenção do Estado na economia, que num primeiro momento foi necessária ao desenvolvimento econômico do país, acabou gerando um efeito anômalo, pois o excessivo intervencionismo estatal alargou demasiadamente

133 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e regime jurídico**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, p. 29.

134 LEITE DE FARIAS, Sara Jane. **Regulação jurídica dos serviços autorizados**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 01-27.

Premissas	Detalhamento	Trecho do trabalho
		seu papel, tamanho e custo do Estado. Este cenário incentivou uma urgente ‘reforma econômica’ que teve início com a Carta Magna atual”. (p. 27). E cita vários outros doutrinadores no mesmo sentido.

Neste raciocínio a autora segue diversos outros doutrinadores (Villela Souto e Sundfeld, dentre outros¹³⁵). Eles relatam que o mundo está sendo modificado e, logo, o ambiente jurídico romano-germânico, também muda. Portanto, o Brasil tem que mudar também. O trabalho da autora ainda descreve a figura da autorização, como uma das modalidades de delegação da prestação dos serviços públicos. As outras duas seriam a concessão e a permissão, não analisadas. Ela utiliza o caso dos serviços de telecomunicações como exemplo privilegiado por conter a assimetria regulatória, que viria a ser a atribuição do direito e dos deveres de prestar um tipo de serviço (outorga) como a telefonia fixa, em condições diferentes para a empresa já estabelecida (concessionária) e para a nova empresa, que viria concorrer com ela (entrante). A noção de que a regulação fica adstrita às formalidades e aos mecanismos de outorga fica clara: “enquanto a concessão e a permissão são instrumentos clássicos de regulação estatal do serviço público em regime de direito público, as autorizações possuem o mesmo papel, sendo, no entanto, em regime de direito privado. É a regulação que vai definir o conteúdo da autorização”¹³⁶. A conclusão do trabalho traz a evidência de que a regulação é entendida de modo formalista:

Com a passagem do Estado do bem-estar social (o qual sucedeu o Estado Liberal), para o Estado Regulador, o poder público deixa de ser o executor dos serviços públicos e passa a ser um orientador com imperatividade, por meio de regulação. Regulação e regulamentação não são expressões sinônimas. Aquela é mais ampla, pois engloba a produção de normas (função normativa), a fiscalização e controle das atividades reguladas (função executiva) e a solução de conflitos (função judicante). Esta – regulamentação – é atribuída constitucionalmente ao Chefe do Poder

¹³⁵ Tais como: JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. Curitiba: Dialética, 2002. Também: GUERRA, Sergio. **Introdução ao Direito das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004; MENEZELLO, Maria D’Assunção. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002; BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; e RODRIGUES CAL, Arianne Brito. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹³⁶ LEITE DE FARIAS, Sara Jane. **Regulação jurídica dos serviços autorizados**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 149.

Executivo (art. 84, IV, CF) e visa à edição de normas políticas e ao atendimento de interesses gerais¹³⁷.

Este problema doutrinário, da indefinição, foi bem retratado por Carlos Ari Sundfeld em uma palestra no IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, organizado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional¹³⁸:

A idéia que surge mais recentemente é a regulação, e representa de certa forma a superação do modelo anterior, das dicotomias “público x privado”, “serviço público x atividade econômica”. Isto ocorre porque a regulação será feita não somente em relação à exploração privada das atividades econômicas, mas também em relação àquelas atividades ditas de serviço público [...] O termo regulação ainda é um pouco indefinido, ainda em construção, e tem sido utilizado para designar coisas totalmente distintas. Às vezes, [é usado] como sinônimo de mera função administrativa, caso em que o Estado regulador passa a ter o mesmo sentido de Estado administrativo.

O mesmo autor cita que o sentido ideal seria entender a regulação com um conjunto de práticas para atingir determinadas finalidades. Ou seja, ele tem plena noção do uso atribuído pela literatura das ciências sociais. Ele enuncia este conceito (como “exercício econômico programado pelo Estado”) e menciona a ressalva de que a legislação atribuiu ao vocábulo sentido diverso:

O que há por trás da regulação é o reconhecimento de que a economia é poder e de que o Estado programa seu exercício. [...] Mas há ainda o sentido já referido, que é o de regulação como a forma com que o Estado programa o poder econômico. É o sentido preferível. Mas não é o que aparece frequentemente na legislação, pois esta o utiliza segundo as influências momentâneas. Atualmente, a idéia de regulação está extremamente ligada a de agências reguladoras, de modo que a expressão adquire um sentido muito forte, na experiência recente, para designar um tipo de organização estatal.

Pode parecer pouco razoável exigir que as formulações jurídicas brasileiras não sejam impregnadas com definições formalistas. A própria tradição jurídica ocidental, entendida a partir do trabalho de Max Weber, evidencia o crescimento do formalismo jurídico¹³⁹.

137 LEITE DE FARIAS, Sara Jane. **Regulação jurídica dos serviços autorizados**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 197

138 SUNDFELD, Carlos Ari. Agências reguladoras. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 3, 2003, p. 437-442.

139 Para evitar uma referência direta à obra de Weber, vale visualizar dois textos intermediários: SWEDBERG, Richard. **Max Weber e a idéia de Sociologia Econômica**. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2005; LEOPARDI MELLO, Maria Tereza. Direito e economia em Weber. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 2, jul./dez. 2006, p. 45-65.

Entretanto, ao longo do século XX foram construídas diversas alternativas teóricas no campo jurídico. A principal delas reside no pós-positivismo, que busca incorporar a noção de valores ao debate jurídico, de forma controlada, por estes serem indissociáveis da vida prática do Direito¹⁴⁰.

É desnecessário continuar uma tediosa transcrição de opinativos jurídicos, para continuar a demonstrar a absorção do conceito formal de regulação na doutrina jurídica brasileira. O ponto central foi coberto pelos trechos acima referidos.

Uma parte da doutrina jurídica brasileira se alinhou ao entendimento da inevitabilidade. Outra parcela, de forma aguerrida, tratou de atacar o novo instituto jurídico. Assim, os autores de direito administrativo de São Paulo, notadamente reunidos em torno de Celso Antonio Bandeira de Mello, na Pontifícia Universidade Católica daquela cidade, apresentaram-se como contrários ao modelo, por uma variada gama de óbices jurídicos e formais. A opinião de Marcelo Figueiredo é explícita acerca desta visão, quando relata que “no Brasil, acreditamos, a proliferação de agências reguladoras ocorreu por opções políticas, ideológicas e, sobretudo, como uma opção por um determinado modelo econômico de nítida inspiração internacional de restauração da força e presença da iniciativa privada na Administração Pública”¹⁴¹.

A perspectiva crítica do direito está relacionada à absorção de uma teorização externa ao direito, em primeiro lugar. Ela se nutriu ao longo dos anos das análises francesas e italianas e deu origem a um movimento político de juristas no Brasil, denominada de Direito alternativo. O trabalho de Eros Grau deve ser analisado neste contexto. Ele ironicamente considera em seu texto que as agências reguladoras são meras repartições públicas com pretensão de superioridades em relação aos demais entes estatais. Os autores críticos têm a sua narrativa focada no desmascarar dos interesses ou das relações econômicas que se escondem detrás de explicações formalistas. Para Eros Grau, as agências representam

140 Exemplos da permeabilidade do conceito de pós-positivismo na doutrina: CYRINO, André Rodrigues.

Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010; REZENDE OLIVEIRA, Rafael Carvalho. **A constitucionalização do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. De certa forma, ambos seguem a trilha: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

141 FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o Estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 179. O trabalho corresponde à livre docência, defendida pelo autor na PUC-SP. Note-se que ele se escora em Milton Santos para produzir a referida consideração.

exatamente isto. Elas seriam órgãos a serviço da manutenção de interesses econômicos inconfessáveis. Logo, elas buscam maiores condições operacionais para defendê-los, tão somente.

Adicionalmente, pode-se remeter ao trabalho de Leonel Ohlweiler, no qual são mobilizados diversos filósofos do Direito para demonstrar que a doutrina do Direito administrativo estaria impregnada de concepções valorativas, irrefletidas atualmente, derivadas da construção do modelo de Estado liberal¹⁴².

Outra opinião, por mais que não alinhada a uma inspiração crítica, no sentido estrito da palavra, é representada pelo ponto de vista de Celso Antonio Bandeira de Mello. Seu diagnóstico opinativo é radicalmente contrário a atual conformação das agências reguladoras. Ele decorre de uma análise baseada em pressupostos jurídicos que são formais, tal como a prerrogativa dos dirigentes. A sua visão formal é fortemente legitimada a partir da noção de isonomia estatal. Ele considera pouco razoável que elas tenham sido criadas como entidades estatais com prerrogativas amplas e novas. Entre as prerrogativas criticadas está a simplicidade para contratar pessoal temporário para suprir o quadro de pessoal. O seu inconformismo decorre da erosão paulatina da promessa de um sistema administrativo federal uniforme, como foi determinado pela Constituinte de 1988¹⁴³. Com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, foi finalizado um ciclo de tentativas para formação de um quadro de pessoal unificado, com menores distorções remuneratórias e com a universalização do concurso público. As agências seriam uma parte visível desta erosão, produzida pela reforma administrativa de 1995, do governo de Fernando Henrique Cardoso.

Deve ser frisado que estas opiniões não se cingem à constitucionalidade ou à legalidade das alterações normativas representadas pelas agências reguladoras; ainda que tangenciem esta senda. Elas representam opiniões doutrinárias sobre a origem das mudanças e, em alguma dimensão, tratam-se de juízos valorativos dos juristas sobre a nova instituição trazida pelo legislador. Nenhum dos autores listados, por exemplo, defenderia a inobservância prática de um regulamento administrativo exarado por uma das várias agências federais em

142 OHLWEILER, Leonel. A concepção dogmática do Direito Administrativo: contributo para uma (re)construção hermenêutica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal. n. 167, jul./set. 2005.

143 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

operação. Eles apenas teceram opiniões sobre a origem e a aclimatação de institutos jurídicos ao Direito Administrativo pátrio.

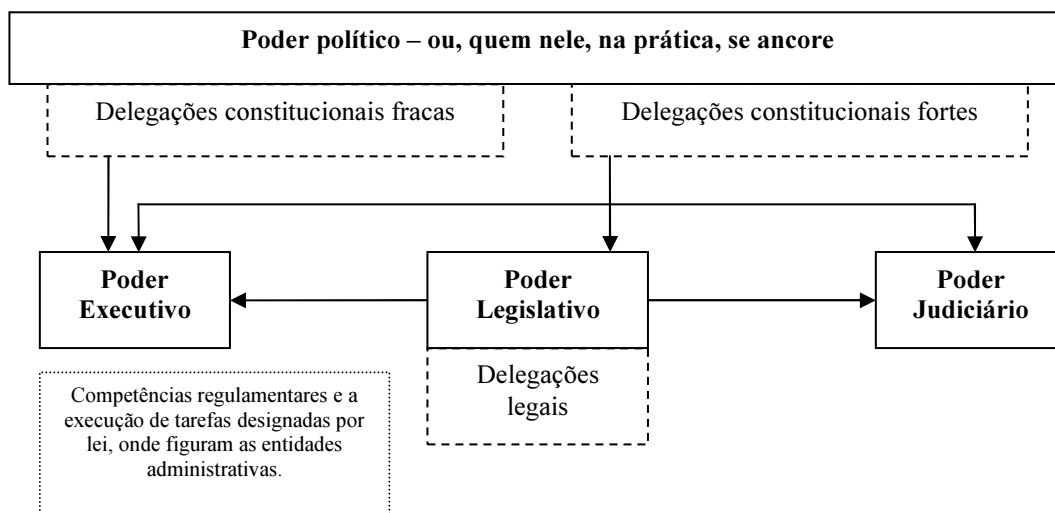
De certo é que o modelo das agências é ancorado, portanto, num conceito jurídico central, que é a função reguladora. Este é o ponto conclusivo a ser derivado do debate doutrinário brasileiro.

Para compreender o alcance deste debate, é necessário reiterar a primeira clivagem conceitual realizada entre os juristas. Para os autores é relevante determinar a aplicabilidade da diferenciação conceitual entre regulação e regulamentação para fins práticos no Direito Administrativo. A partir da noção de que foi construída uma função reguladora, juridicamente especificada, é possível detalhá-la do ponto de vista conceitual e prático. Ela constitui o cerne do que uma agência reguladora desenvolveria. Entretanto, para bem desempenhá-la, o debate jurídico, político e econômico apontou para a necessidade de construção de determinadas prerrogativas institucionais, na forma de um modelo jurídico, que foi sendo montado de forma paulatina, a medida que cada agência reguladora foi sendo criada, por cada lei específica, como será descrito na próxima seção.

Assim, se foi construído o conceito jurídico de uma função reguladora, pode-se depreender a tentativa de derivações da função reguladora primária, ou seja, do estabelecimento de funções secundárias. A primeira derivação é a noção de poder fiscalizador e de poder concedente; a segunda é o já mencionado poder normativo ou, a sua função quase-legislativa; e, por fim, a tentativa no estabelecimento de uma função arbitral ou quase-jurisdicional.

Qual o papel da doutrina jurídica, portanto? É realizar a tentativa de fortalecer – de forma implícita, ou prática – um tipo de delegação constitucional. Podemos considerar que constituição diretamente reparte o poder político em diversas funções estatais. Faz isso diretamente, ou indiretamente, quando atribui tal poder a órgãos do Estado. Desta forma, quando se insere no art. X, da Carta, que o Estado irá regular a vida econômica, tem-se uma determinação que deverá ser consolidada em estruturas práticas. Em princípio, seria o caso de existir uma lei constitucional – ou, uma lei complementar, no que é próximo ao nosso sistema – para determinar tal organização. Todavia, como foi descrito, a doutrina jurídica tem reiterado a necessidade de definir juridicamente que as agências reguladoras possuem poderes majorados. Definir uma atribuição de poderes administrativos, desta forma, é o que podemos designar como uma “delegação fraca”. O quadro abaixo explica este ponto de vista de forma gráfica:

Figura 7 – Modelo de transição e sistemas de crenças



Fonte: Formulação própria.

É sempre importante frisar que o ponto de vista do presente trabalho é realista. Logo, o que difere uma delegação forte de uma delegação fraca não é um elemento essencial ou intrínseco. É o seu reconhecimento enquanto norma, seja pela comunidade dos juristas, seja pela sociedade num momento posterior.

Para exemplificar, retorne-se à doutrina do Direito Administrativo. Um dos seus autores explica que a função reguladora deve ser entendida como tripartida, em forma próxima à divisão republicana clássica¹⁴⁴.

Assim, a atribuição a tais entidades de poder fiscalizador e de alguma participação no exercício do poder concedente, tradicionalmente alocados no Poder Executivo, é ausente de polêmica. Em relação ao poder de fiscalização, delegado por meio das suas leis de instituição, esse poder administrativo é algo amplamente reconhecido entre os juristas, sendo uma das marcas da tradução francesa neste ramo do Direito. Assim, é normal e reconhecido que as agências tenham tal função. A questão torna-se um pouco mais delicada em relação ao poder concedente porque ele deve estar amparado em um planejamento mais amplo da ação estatal que cabe aos poderes políticos constituídos.

Porém, como mencionado anteriormente, o poder normativo – ou, a função quase-legislativa – é mais complexa. Uma das questões centrais referentes às entidades reguladoras

¹⁴⁴ Para Alexandre Santos de Aragão, tratam-se de quatro atividades: normativa, fiscalizadora, sancionadora e julgadora, com arbitragem. Elas podem – sem prejuízo conceitual – ser agregadas nas três funções usadas aqui. Cf. SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

é a noção de poder normativo. Este é um dos pontos cruciais em relação às divergências dos autores de Direito Administrativo sobre estas entidades. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O aspecto mais controvertido das agências reguladoras, no direito brasileiro, é o que diz respeito aos limites de sua função normativa. Nas três agências referidas (ANEEL, ANATEL e ANP), a função reguladora está sendo outorgada de forma muito semelhante à que é delegada às agências reguladoras do direito norte-americano; por outras palavras, a elas está sendo dado o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, “standards” nela contidos.

De certo, este é um ponto central do modelo institucional proposto para as agências reguladoras: a capacidade de normalizar o regramento do setor econômico regulado.

Se a criação de regras já é mal recepcionada doutrinariamente, é mais complicado, ainda, localizar um reconhecimento – delegação forte – no que tange à função arbitral ou quase-jurisdicional. É pacífico na literatura do Direito Constitucional e do Direito Administrativo que a tutela jurisdicional, prevista do art. 5º, XXXV, da Constituição, seja extremamente ampla. Desta maneira, não seria possível considerar que as agências tenham uma capacidade de arbitrar conflitos entre prestadores, ou entre prestadores e consumidores, que não fossem passíveis de revisão judicial. Ainda, é impensável entender que algum ato administrativo praticado por uma agência reguladora independente possa não sobre objeção judiciária.

É evidente que a tentativa de estabelecer uma entidade autônoma, com poderes reconhecidos e em grau paralelo aos tradicionais três poderes estatais, demonstra a plenitude de uma tentativa de radicalização do que era entendido como “autarquia”. Todavia, este conceito de regulação que se estrutura como uma função estatal peculiar não é utilizável do ponto de vista analítico, apesar de ser passo necessário para entender o tema.

2.2.3 O problema: regulação é modo de ação, não apenas marco regulatório

Os economistas e cientistas políticos têm uma visão bastante clara da diferença entre regulação, regulamentação e fiscalização. A regulação diz respeito às táticas administrativas e empresariais para alcançar determinadas finalidades. Existem dois grandes conjuntos de interpretação na literatura internacional sobre o fenômeno da regulação. O primeiro conjunto é representado por teorias do interesse público. Em síntese, elas reivindicam que a ação

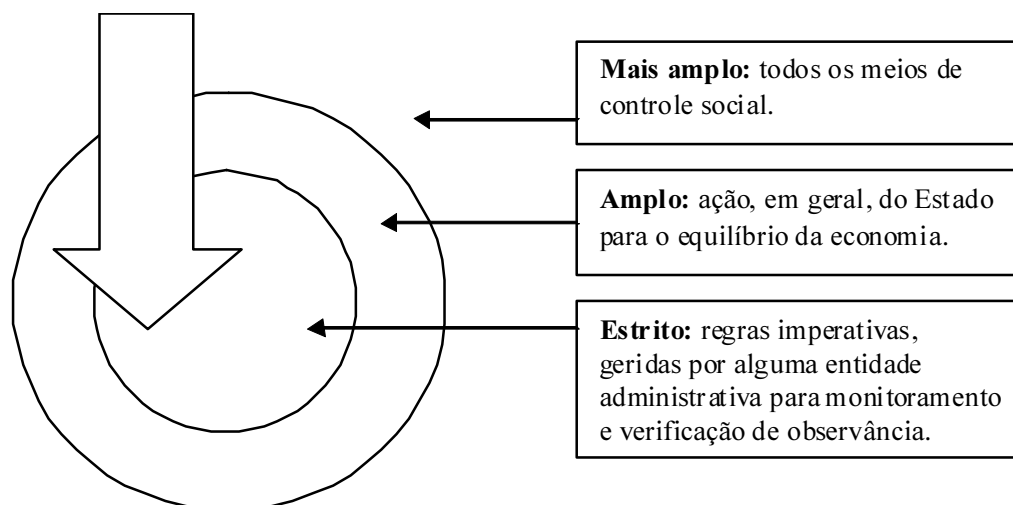
regulatória deve ocorrer para que haja a defesa do interesse de todos em relação aos interesses particulares, que tendem a maximizar seus ganhos. O segundo conjunto de teorias diz respeito às teorias da regulação econômica, que está relacionada à atuação estatal para garantir as melhores condições de competição para melhorar os ganhos gerais dos produtos produzidos (serviços públicos, por exemplo), em termos de quantidade e qualidade. Elas se orientam por noções como o combate aos monopólios por conta das ineficiências econômicas que um monopolista pode induzir em um mercado. Se os monopólios forem inevitáveis, por exemplo, a regulação encontra amparo na teorização para justificar o controle e a fiscalização dele.

A regulação pode ser definida como uma característica de todos os ramos do direito, segundo Robert. A. Kagan¹⁴⁵. Mas a convenção específica é de que este termo é reservado apenas aos conjuntos de direito (“bodies of law”) que são elaborados pela definição de normas administrativas mantidas e aplicadas (“enforced”) por entidades estatais especializadas. De forma típica, o termo é usado para definir os conjuntos de direito que visam controlar o comportamento de empreendimentos privados, grandes organizações e provedores de serviços profissionais. A designação mais estrita, portanto, seria atinente à regulação estatal (“governmental”), que inclui desde a manutenção para o uso racional de bens públicos (e.g. fontes de água e reservas piscosas), passando pela vigilância sanitária, até a proteção administrativa dos interesses dos consumidores. A regulação estatal pode ser dividida em dois grandes conjuntos: regulação protetora ou social; e a regulação econômica. Porém, resta evidente que existe polissemia em relação ao termo. É Robert Baldwin quem traz a melhor elucidação acerca da variabilidade conceitual. A referência é trazida por Jordana & Levi-Faur¹⁴⁶; eles explicam que a imprecisão conceitual está relacionada com as alterações havidas nas políticas públicas dos países ocidentais nos últimos decênios, em especial, a ampliação da liberalização, que atingiu a região da América do Sul.

145 KAGAN, Robert. A. Regulators and regulatory process. In: SARAT, Austin (ed.). **The Blackwell Companion to Law and Society**. London: Blackwell, 2004, p. 212-230.

146 JORDANA, Jacint (Ed.); LEVI-FAUR, David (Ed.). **The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance**. Cheltenham: Edward Elgar, 2004, p. 03.

Figura 8 – Os três significados do termo regulação



Fonte: JORDANA, Jacint (Ed.); LEVI-FAUR, David (Ed.). **The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance**. Cheltenham: Edward Elgar, 2004, p. 03.

Fica claro que o conceito mais restrito de regulação está imbricado com a noção de ação estatal. Todavia, os mesmos autores demonstram que as novas soluções em prol de arranjos governativos têm focalizado em meios de governança relacionados com auto-regulação e regulação leve (“soft regulation”). O que deixa claro que os órgãos estatais não são os únicos capazes de realizar regulação, mesmo em sentido estrito. Ademais, o que pode ser retirado como conclusão da figura acima é que, independente da amplitude, o conceito de regulação é sempre dependente do conceito de ação. Mesmo a produção de normas regulamentares é dependente, já que se expressa numa ação de debate e aprovação de regras jurídicas.

Assim, na perspectiva da sociologia do direito, a questão central para o estudo da regulação econômica está localizada nos atores em relação ao contexto social. Ou seja, entender as regras jurídicas por meio das suas ações criativas e reconstrutoras. Não é somente compreender os processos específicos da referida ação regulatória de uma determinada agência, mas produzir análises destes processos em relação ao contexto social.

Após serem compreendidas estas primeiras assertivas acerca do modelo de agências reguladoras, assim como efetuada uma crítica da doutrina que ajudou a alicerçá-lo, é possível avançar em direção ao modelo propriamente normativo. Este será o tema do próximo capítulo. Porém, antes de seguir até tal momento da narrativa, será necessário continuar o debate em prol de um conceito de regulação, útil para o campo da Sociologia do Direito.

2.3 Considerações intermediárias: mudanças em sistemas jurídicos, teoria social do direito e o papel da doutrina

Neste trecho, será indicado como o conceito de direito responsivo, formulado por Philippe Nonet e Philip Selznick¹⁴⁷, pode ser apropriado analiticamente para compreender situações sociais relacionadas com as novas práticas jurídicas existentes em relação aos setores de prestação de serviços regulados. Existem vários pressupostos para que este objetivo seja alcançado. A delimitação do próprio conceito de regulação é um elemento necessário para que esta discussão possa ser avançada. O exame da literatura jurídica, de modo a apreender um conceito de regulação pode induzir um risco. Afinal, é possível que haja a contaminação de conceitos normativos com os quais se pode nublar a compreensão do fenômeno observado. Em termos mais claros, seria confundir o que os atores sociais entendem por regulação, partindo de um pressuposto fixo de que a regulação possui um conteúdo determinado pela teoria, e não pela prática.

Um exemplo evidente deste risco teórico é a definição da regulação jurídica como uma função estatal, eminentemente técnica, porquanto apartada da vida política. No trecho que será transcrito, está bem claro o conteúdo normativo do comprometimento doutrinário com a idéia de que as agências reguladoras precisam estar afastadas das influências dos atores políticos:

A regulação é distinta do regulamento, que independe de qualquer previsão na lei, podendo, assim, ser detalhado sem que o legislador tenha exigido tal providência. Frise-se, a decisão é política, daí se distinguindo a regulamentação, orientada por critérios políticos, da regulação, informada por critérios técnicos, por isso, preferencialmente emanados de uma “autoridade independente” (normalmente um colegiado). Na regulamentação está presente o interesse público (geral), enquanto na regulação está presente um interesse coletivo (setorial), ponderado pela autoridade reguladora¹⁴⁸.

147 NONET, Phillip; SELZNICK, Phillip. **Law and Society: toward responsive Law**. 2 ed. New York: Transaction Books. A primeira edição é de 1978. A obra teve tradução, recentemente, publicada: NONET, Phillip; SELZNICK, Phillip. **Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

148 VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito regulatório**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 71. Por todos; porém, note-se que outros juristas também costumam restringir o conceito de regulação à ação das agências reguladoras que precisam estar afastadas dos políticos.

É evidente que o conceito de regulação não pode ser reduzido à caracterização dos meios de ação jurídica das agências reguladoras, que ainda estão em púbere fase de estabelecimento institucional no país. A regulação é um produto social e político, que pode ser realizada, inclusive, de modo autônomo pelos próprios atores regulados. A regulação econômica por agência é um modo possível de regulação, dentre outros¹⁴⁹. Deve ser ressaltado que o mesmo problema ocorre com as concepções jurídicas relacionadas ao significado de democracia nos processos de audiência e consultas públicas, por exemplo. Assim, a definição conceitual rígida dos juristas tende a transformar a existência de preceitos normativos que possibilitem à participação formal, na existência fática de democracia decisória¹⁵⁰. Um exemplo reverso é dado pelos trabalhos de Paulo T. Lessa Mattos, que avaliaram a participação em consultas públicas, a partir não somente do desenho institucional, porém com o cotejamento dos dados empíricos, para concluir que existe uma deficiência fática de participação substantiva nos processos democráticos da ANATEL. Portanto, sua conclusão é de esta deficiência participativa está relacionada tanto ao desenho institucional, quanto com as dificuldades experimentadas pelos potenciais participantes¹⁵¹.

Assim, esta lógica doutrinária do direito é muito mais relacionada à tentativa de transformar o mundo – ou, eventualmente, mantê-lo como está – por meio dos conceitos jurídicos, do que uma tentativa de entender um fenômeno da vida prática.

Todavia, as disposições jurídicas certamente possuem um conteúdo semântico, e este somente pode ser compreendido em relação ao seu contexto¹⁵². A necessidade de

149 Confira-se o trabalho organizado por: MAJONE, Giandomenico (Ed.). **Regulating Europe**. London: Routledge, 1996.

150 O caso mais evidente disto é a defesa de que deve existir participação democrática. Cf. GESTA LEAL, Rogério (Org.). **Administração pública e participação social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2005. O trabalho descreve o desenho da potencial participação em vários países da América do Sul, além da Espanha e Portugal. Contudo, não realiza uma avaliação do estado.

151 MATTOS, Paulo. **O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular / FAPESP, 2006; bem como: MATTOS, Paulo. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: COELHO, Vera (org.); NOBRE, Marcos (org.). **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 313-342.

152 Um livro bastante elucidativo sobre o tema da análise do Direito, tal como relacionado ao contexto: BANAKAR, Reza. **Merging Law and Sociology: beyond the dichotomies in the socio-legal research**. Berlin: Galda + Wilch Verlag, 2003. Outras obras coletivas relacionadas: BANAKAR, Reza (Ed.); TRAVERS, Max (Ed.). **Theory and method in socio-legal research**. Oxford: Hart Publishing, 2005; NELKEN, David (Ed.); FEEST, Johannes (Ed.). **Adapting legal cultures**. Oxford: Hart Publishing, 2001; e NELKEN, David (Ed.). **Comparing legal cultures**. Aldershot: Dartmouth, 1997.

compreensão da doutrina, e do discurso jurídico, ganha outro contorno a partir desta assertiva. Assim, espera-se que tenha se tornado claro que, para atingir o objetivo de delimitar o campo de apropriação conceitual da noção de direito responsivo, é necessário definir como são construídos os significados sociais a partir das disposições jurídicas. Desta forma, é relevante empreender algum esforço no sentido de fornecer um quadro teórico e metodológico situado entre a teoria social e a teoria do Direito. O elemento central deste quadro teórico será a fixação do conceito de sistema de crenças como objeto de pesquisa. A noção de sistema de crenças é fortemente relacionada com o debate de cultura jurídica. Isto ocorre porque o sistema de crenças seria o reflexo passível de reconstrução compreensiva, feito pelo analista para entender a cultura jurídica analisada. Assim, a mudança no conceito de regulação – no caso do presente trabalho – precisa ser entendida no contexto de uma transição social.

O conceito de direito fixado por Nonet & Selznick está certamente relacionado com o contexto político existente nos Estados Unidos da América, nas décadas de 60 e 70, do século XX¹⁵³. É possível identificar o quadro teórico formulado pelos autores como impregnado por um sistema jurídico que era pleno de transformações, por conta das demandas sociais que lhe eram dirigidas. A postulação teórica dos autores, que é seguida aqui, se refere ao fato de que o próprio conceito de direito encontrou-se, portanto, num contexto de transformação. Havia uma transição social em marcha, que levou ao delineamento de um direito imbuído de características diferentes.

O que se alinhava nesta consideração teórica – pretérita às análises referente às lutas judiciárias no campo das telecomunicações, no Brasil – é que, guardadas as enormes diferenças entre os dois processos sociais (dos EUA e do Brasil), o avanço paulatino da democratização social e econômica aqui tem trazido uma conceituação diferenciada para o direito, em um sentido bastante amplo. Antes, de detalhar a teoria dos autores – Nonet & Selznick – no que interessa, vale rever a questão das transições sociais e sua relação com o conceito de Direito.

Uma questão central para a sociologia do direito diz respeito às mudanças nos sistemas jurídicos. Este tema teve, historicamente, espaço privilegiado também na teoria do direito, especialmente após a difusão entre os juristas de um sistema conceitual no qual os

153 Um bom quadro do contexto do pensamento de Selznick: KRYGIER, Martin. Philip Selznick, normative theory, and the rule of law. In: KAGAN, Robert A. (Ed.); KRYGIER, Martin (Ed.); WINSTON, Kenneth (Ed.). **Legality and community: on the intellectual legacy of Philip Selznick**. Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers, 2002. p. 19-48.

valores possuem papel destacado. Esta inflexão histórica significou uma ruptura na cultura jurídica ocidental que é mutuamente refletida na emergência de diversas práticas entre os advogados, promotores e magistrados. Portanto, enquanto a aceitação deste novo quadro conceitual em relação ao ordenamento jurídico se desenvolve, ocorre também a erosão da crença em uma ideologia positivista, entendida aqui como uma apropriação praxista da teoria formalista do Direito.

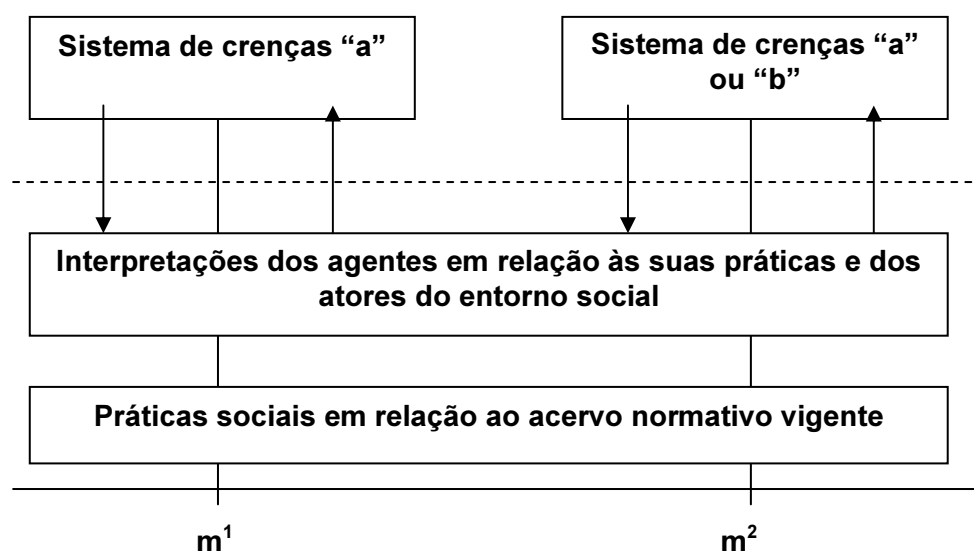
A relação entre a teoria e a prática nunca é imediata. Existem corpos profissionais que mediam esta transição por meio de uma cultura jurídica. As corporações jurídicas não são diretamente implicadas pelas teorias sobre o direito. É apenas após a estabilização de um conjunto de crenças e de valores que ocorrem transições nos entendimentos. A compreensão destas transições culturais é muito difícil de ser apreendida pelos instrumentos tradicionais, tendo em vista que estas crenças jurídicas nunca estão compendiadas desta forma. Para complicar, tais crenças estão usualmente imiscuídas com elementos normativos, tais como intenções políticas. Mesmo o seu reflexo no sistema normativo é difuso, tendo em vista que mesmo que as normas existam como conjuntos escritos, a transição não diz respeito especificamente a elas. As mudanças estão relacionadas com o significado social de situações da vida cotidiana em relação ao conjunto normativo disponível. Foi Chaïm Perelman quem atestou a necessidade da utilização de métodos de pesquisa sociológicos para analisar as decisões e práticas (judiciárias e administrativas) para se entender a mudança dos significados atribuídos ao direito¹⁵⁴. Mas, para avançar com a intuição esboçada pelo autor, é necessário partir de um conhecimento que só é possível de ser fornecido pela teoria social. Isto ocorre porque não é possível compreender as mudanças sociais, contextualizando-as, sem que haja domínio dos instrumentos analíticos requeridos para a empreitada. O primeiro instrumento necessário é a estabilização de determinadas condições metodológicas de análise.

É possível fixar que o objetivo reside na compreensão da mudança nos significados atribuídos às situações cotidianas em relação às normas vigentes em um determinado contexto social. Entretanto, estes significados não são acessíveis diretamente, pela leitura imediata das normas, por exemplo. Eles dizem respeito a um conjunto de informações contextualizáveis que devem ser agregadas para que haja possibilidade de compreensão. O método sociológico reside no fato de que os significados são expressos por meio de ações sociais. Desta forma,

154 PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

para produzir o entendimento acerca de uma situação social específica, é necessário descrever o seu entorno, bem como analisar as ações produzidas pelos diversos agentes envolvidos. O conjunto de crenças, retiradas de evidências de ações, pode ser organizado posteriormente pelo analista social. Por mais que estas crenças estejam dispersas e se apresentem de forma difusa, a tarefa do cientista social é organizá-las em relação aos acervos teóricos disponíveis e compreendê-las como um sistema de crenças. As principais características desse sistema de crenças podem ser utilizadas para empreender a comparação com outros sistemas simbólicos. Esta comparação pode ocorrer por meio de tipos ideais; ou, ainda, pela evidenciação das diferenças entre eles. A primeira comparação é fortemente sociológica. Já a segunda possui a sua tradição nos estudos da Antropologia. Um modelo sociológico geral pode sistematizar esta operação e ser visualizado na seguinte figura:

Figura 9 – Modelo de transição e sistemas de crenças



Logo, as diferenças entre as interpretações dos agentes em relação às suas práticas e às dos outros atores constituem o material primário de análise. São as diferenças ou regularidades existentes entre o " m^1 " e o " m^2 ", que permitirão a retirada de conclusões, ainda que parciais. Os conteúdos analisados são apreendidos através da análise das práticas em si, bem como dos documentos derivados das referidas práticas, ou, ainda, a partir dos depoimentos de atores sociais sobre as práticas. Serão estes dados que formarão um conjunto de crenças, após serem organizados pelo analista. Se a transição enfocada tiver lugar no mesmo ambiente social, em momento posterior, como, por exemplo, após uma mudança estatal perceptível como a privatização, está se tratando de uma transição de "a" para "a". Se

o estudo não for referente a uma transição especificamente, mas a uma comparação antropológica, o método comparativo indica que está se tratando de uma análise entre “a” e “b”. Ambas as opções obrigam a produção de uma descrição contextual. Desta forma, a teoria utilizada possui uma utilidade dupla. Ela não serve somente para compreender a transição ou diferença. Ela servirá para montagem do quadro conceitual. Uma dificuldade existente nos estudos sociológicos é o risco de viés, ou seja, de que as interpretações sociais sejam fortemente relacionadas com as crenças e interesses do analista e fracamente pelos dados. A prevenção em relação ao viés pode ser dada pelo arranjo subjetivo que é característico da vida científica: a demonstração clara das evidências e a existência de forte crítica em relação à produção.

Um bom exemplo de apropriação desta lógica está no trabalho de pesquisa produzido por Werneck Vianna & Burgos¹⁵⁵. Pela análise de cinco estudos de caso, os autores fazem demonstrar que existem novas práticas jurídicas que têm orientação interpretativa construída a partir de um discurso sobre prevalência dos princípios. Esta transição ocorre pela necessidade de leitura dos fenômenos sociais não por uma ou outra disposição estrita contida na legislação. A operação interpretativa só pode ocorrer com atenção ao contexto social percebido pelos intérpretes. Este contexto não é o contexto social em si mesmo; e é impossível de ser compreendido pelos atores. Ele é percebido por meio de um sistema de crenças jurídicas, que informa as concepções sobre o que o é Direito e sobre como devem ser interpretados os casos que estão em debate.

Pode-se retornar à transição conceitual apontada por Nonet & Selznick.

De acordo com os autores, é possível estabelecer um quadro conceitual dos sistemas jurídicos, informado por diferentes características. É claro que os conjuntos de características visam estabelecer um tipo ideal de substrato, institucional e abstrato, não sendo a descrição de nenhum sistema jurídico específico. Tal modelagem tampouco possui a pretensão de compreender sistemas institucionais e de crenças que sejam radicalmente diferentes da tradição jurídica ocidental. No entanto, resta evidente que ele possui serventia primária para a compreensão do quadro de mudanças havido nas democracias ocidentais. Afinal, um quadro como este oferece um desenho teórico para auxiliar a compreender as transições sociais, tal como têm sido descritas no presente tópico. Para os autores, os três tipos ideais de sistemas

155 WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo B. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil público. Dados, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 777-843, 2005.

jurídicos podem ser definidos como “repressivo”, “autônomo” e “responsivo”. Eles sistematizam as características dos três modelos com o seguinte quadro:

Quadro 17 – Três tipos de direito (Modelo de Nonet & Selznick).

	Direito repressivo	Direito autônomo	Direito responsivo
Finalidades do Direito	Ordem.	Legitimação.	Competência (capacidade de resolver problemas).
Legitimidade	Segurança social e razão de Estado.	Procedimentos orgânicos.	Justiça substantiva.
Sistema normativo	Pouco elaborado, ainda que detalhado; pouco capaz de sujeitar governantes.	Elaborado, obrigando a sujeição tanto de governantes, quando de governados.	Subordinado a princípios e a políticas “institucionalizadas”.
Racionalidade jurídica	Casuística e particularista.	Forte aderência à autoridade legal; vulnerável ao formalismo e ao legalismo.	Orientação aos fins; ampliação da competência cognitiva.
Discricionariedade	Difusa, oportunista.	Restrita à interpretação das normas; baixa delegação.	Ampla, mas subordinada à justificação dos fins.
Coerção	Extensiva, com poucos limites.	Controlada por limites legais.	Busca de alternativas baseadas em incentivos pedagógicos; exemplo: sistema de obrigações auto-sustentadas.
Moralidade	Moralidade comunal; legalismo moral; “moral da coação”.	Moralidade institucional; preocupada com a eticidade do processo legal.	Moralidade civil; “moral da cooperação”.
Política	Direito subordinado ao poder político.	Direito independente da política; separação entre poderes.	Integração de aspirações legais e políticas; combinação entre poderes.
Expectativas de observância	Incondicional; desobediência punida como rebeldia.	Condicional; desobediência justificada somente com amparo legal.	Desobediência avaliada em termos de danos efetivos; percebida como portadora de temas emergentes a serem legitimados.
Participação	Consentimento passivo; crítica como manifestação da deslealdade.	Acesso limitado pelos procedimentos estabelecidos; emergência da crítica ao sistema jurídico.	Acesso ampliado pela integração dos grupos defensores de causas sociais na esfera da política com os grupos que atuam com o mesmo propósito na esfera judicial.

Fonte: NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Law and society in transition: toward responsive law**. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 2001, p. 16. O quadro foi cotejado com a trad. bras.: NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 57.

Antes de descrever os três tipos ideais, vale aludir a uma crítica. Como relata Marcelo Pereira de Mello, reproduzindo a crítica de Günther Teubner, o modelo teórico de Nonet & Selznick seria parcialmente adequado¹⁵⁶.

A parcialidade adviria da sua incompletude já que, como postula Teubner¹⁵⁷, os autores teriam dado foco apenas ao problema no prisma interno do direito. Logo, o modelo teria que ser complementado por uma análise externa, que seria oferecida por Jürgen Habermas e Niklas Luhmann¹⁵⁸.

De fato, o modelo dos autores é uma excelente porta de acesso ao debate da teoria do Direito, em sua interseção com a Sociologia. Exatamente porque está atento ao debate interno do Direito, usualmente negligenciado no campo da Sociologia jurídica. Porém, em sua defesa, pode-se inferir que ele alcança um ponto externo se for entendido que o conceito de cultura jurídica pode lhe ser acoplado.

É certo que ele não terá o alcance amplo que as teorias de Habermas e de Luhmann perseguem; tal como relacionar a mudança dos significados jurídicos como relacionada, respectivamente, à crise da racionalidade formal e à radicalização da diferenciação social. Todavia, ela permite a formação de um acervo teórico de médio alcance, que é útil para ser cotejada com análises empíricas.

De uma forma geral, o sistema jurídico mais basal é representado pelo modelo repressivo. Por tal modelo, torna-se evidente a carência de uma separação funcional entre política e Direito. O sistema jurídico é diretamente subordinado ao mundo político e inexistente a possibilidade de refinamento no uso do poder jurídico contra o poder estatal.

É certo que a racionalidade e a teoria do Direito existem em tal contexto. Porém, elas são subordinadas às finalidades do aparelho estatal (ou ainda, de qualquer outra forma de associação política que exista). O direito local pode ser visualizado por este prisma de uma maneira bastante evidente. Ele não está subordinado ao exercício de um raciocínio integrador com um sistema convergente de normas abstratas. Ele é formado por uma amálgama de

156 PEREIRA DE MELLO, Marcelo. A perspectiva sistêmica na Sociologia do Direito: Luhmann e Teubner, *Tempo Social*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 351-373.

157 A crítica é evidenciada em: TEUBNER, Günther. **Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation**. Paris: Bruylant e LGDJ, 1996. Um texto de entrada ao debate: TEUBNER, Günther. Substantive and reflexive elements in modern law. *Law and Society Review*, v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983.

158 O trabalho referencial de Luhmann, acessível em língua inglesa: LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

normas gerais, adaptadas em constante fluxo por uma casuística relacionada ao caso particular.

Não há sistema normativo, previamente considerado, no sentido contemporâneo. Há um conjunto de imperativos que são flexíveis porque são constantemente adaptados para justificar decisões políticas particulares.

Em seguida, é evidente que o modelo do direito autônomo corresponde ao delinear de uma tipologia relacionada com as teorias formalistas e com o Direito moderno. Dois postulados são encontráveis nas características listadas por Nonet & Selznick. O primeiro é o devido processo legal, ou seja, a existência de procedimentos gerais para a regular aplicação do direito.

O segundo postulado é a noção de “Rule of Law” que, com deficiências, pode ser traduzida, como “Estado de Direito”. As normas jurídicas são gerais e a todos englobariam, da mesma maneira. Neste tipo ideal, a racionalidade dos juristas ganha contornos de sistematicidade. Desta forma, a concepção de um sistema hierarquizado, integrado e coerente de normas ganha pleno funcionamento.

A separação institucional entre o aparato do direito e o aparelho da política é indicada neste tipo ideal. Por mais que a separação não seja relacionada a um completo apartar, resta claro que se firma uma crença – evidente na teoria do Direito, no mundo ocidental – da possibilidade de que um conjunto de magistrados (uma corte constitucional, evidentemente) possa realizar um julgamento substantivamente diverso de um coletivo de políticos (uma assembléia política). Portanto, o traço mais claro é que há a postulação de autonomia cultural neste tipo de direito.

Por fim, o terceiro tipo ideal de direito atende pelo rótulo “responsivo”. O que mais chama a atenção é a inclusão dos princípios como elementos de definição deste modelo de Direito. A separação entre Direito e política, em tal modelagem, é relativa, já que o sistema jurídico reagiria aos impulsos sociais induzidos pelos diversos atores. A questão chave, em tal modelo, é a sua permeabilidade.

Preliminarmente, como indicar que nada existe para afirmar, de forma direta, que um modelo de Direito é melhor ou pior do que o outro. Eles correspondem, em parte, a apreensão de desenhos institucionais e, em outra parte, de concepções teóricas sobre o que o direito é; ou, sobre o que ele deveria ser.

Pode-se indicar que o ponto central da modelagem é indicar como se resolve um problema clássico do Direito: a questão da integração de elementos externos ao sistema de regras. Philip Selznick é rotulado como um autor derivado do contexto do direito natural, na

tradição norte-americana¹⁵⁹. Logo, ele está relacionado com uma tradição de juristas que indicam a permeabilidade normativa do Direito pelos valores sociais, como meio de resolver o problema da integridade. O autor contemporâneo mais conhecido desta tradição é, certamente, Ronald Dworkin. Não é por acaso, portanto, que o ponto mais relevante do início da carreira de Dworkin tivesse sido sua polêmica com Herbert L. A. Hart. O debate entre ambos configurou um dos vários capítulos da polêmica entre os novos defensores do direito natural e os positivistas do Direito¹⁶⁰. De acordo com Robert Alexy, esta clivagem está fortemente ancorada na perseguição de uma solução para o modo como são integrados elementos externos ao direito, mormente valores¹⁶¹.

A visão formalista, usualmente relacionada com o positivismo jurídico, possui dois pressupostos narrativos. A primeira âncora está fincada na ausência de valores no cerne do Direito, traduzido em uma leitura normativista do fenômeno. Assim, tanto o fenômeno das privatizações, quanto a aprovação legislativa de leis para entidades ditas reguladoras, estão relacionados com uma modificação formal do Direito. Ela representa uma adequação a um novo conceito de fiscalização na prestação de serviços públicos por conta das mudanças formais havidas nos seus modos de produção. Desta maneira, estes estudos se caracterizam por descrições formalistas das novas disposições legais. Não há uma leitura dos valores que induziram tais mudanças, por exemplo. Isto seria uma tarefa analítica reservada aos observadores externos, como os cientistas sociais.

O modelo de Nonet & Selznick, ao contrário, oferece uma perspectiva diferente – especialmente se acoplado com a análise cultural, tal como é intentado aqui –, já que postula que a caracterização do Direito – enquanto fenômeno intrínseco é feita por meio da definição de

159 O autor mais conhecido desta tradição é Lon L. Fuller. As suas obras mais relevantes estão compendidas: FULLER, Lon L. **The principles of social order: selected essays**. Oxford: Hart Publishing, 2001 (v. editado por Kenneth Winston). O seu livro mais interessante: FULLER, Lon L. **The Law in quest of itself**. Union, NJ: The Lawbook Exchange, 1999 [Beacon Press, 1966]. Nesta série de conferências, ele analisou a teoria de Hans Kelsen, algo raro para autores americanos que, normalmente, ignoram a tradição continental. No Brasil, ele é notabilizado pela tradução de uma alegoria que flerta com Platão: FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

160 Com a ressalva de que a tradição anglo-americana utiliza mais o termo “analytical jurisprudence” (jurisprudência analítica; ou teoria analítica do direito, numa formulação aclimatada à nossa tradição. O autor clássico da tradição inglesa é: AUSTIN, John. **El objeto de la Jurisprudencia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. O título original da obra é “**The province of jurisprudente determined**”. Frise-se que o termo “jurisprudence” corresponde à teoria do direito; não o produto judiciário dos tribunais.

161 ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2 ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004. Trad. Bras. ALEXY, Robert. **O conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

valores. Logo, o modelo de direito autônomo seria aquele que estaria próximo à solução do problema da integridade pela separação conceitual entre Direito e valores políticos. O interessante é notar que o modelo dos autores permite entender as teorias formalistas como construtoras – ou, mantenedoras – de uma concepção cultural de direito; não como teorias analíticas no sentido científico. Não se trata de defender que a separação entre Direito e política seja boa, ou ruim. Trata-se de compreender que, em determinados momentos históricos, a cisão será maior ou menor, de acordo com um contexto cultural.

Por fim, uma pergunta relevante versa sobre a possibilidade de acoplamento teórico da base jurídica formalista com a emergente doutrina da Análise Econômica do Direito. A recepção nacional dos postulados destes trabalhos ainda é bastante tímida. Existe potencial para que os juristas tradicionais vinculem seus trabalhos a este campo. Isto ocorre porque a análise eminentemente teórica do formalismo jurídico requer justificações externas para aumentar sua capacidade de convencimento. Ao passo em que os juristas não-formalistas tiverem mais aceitação em suas opiniões, a tendência natural é que os juristas tradicionais sejam instados a fortalecer seus discursos em termos de evidências científicas. A análise econômica do Direito (“Economic Analysis of Law”) serviria para este papel. Esta escola norte-americana possui Richard Posner como um dos seus maiores expoentes e vem ganhando forte aceitação naquele país. Mas existe uma barreira epistemológica de difícil transposição para os juristas brasileiros e latino-americanos. Estes novos estudos econômicos do Direito estão baseados em pressupostos da teoria econômica neoclássica, que têm caráter microeconômico. Um destes pressupostos é partilhado pelos estudos sociais: a majoração do valor da evidência empírica em detrimento do discurso filosófico. Neste sentido, a utilização plena da análise econômica do Direito¹⁶² requer que haja investimento na formação para manejar instrumentos de análise empírica (métodos de pesquisa, quantitativos e qualitativos). Mesmo nos Estados Unidos, este é um processo difícil, dados os seus custos e o peso da tradição educacional no direito, como diagnosticou Peter Shuck. Entretanto, existe uma probabilidade de que os argumentos desta teoria científica americana sejam recepcionados como um discurso legitimador pela doutrina jurídica brasileira. Isto já ocorreu com os postulados políticos em defesa da globalização, no campo jurídico, em defesa dos processos

162 Para um panorama desta corrente teórica, cf. BUGALLO ALVAREZ, Alejandro. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro. PUC-Rio, v 29, 2006.

de adaptação normativa. Um exemplo deste uso da teoria acadêmica para fins práticos pode ser apreendido pelo discurso de dois advogados de uma concessionária:

Quando nossa empresa conversa com os magistrados, o objetivo é ajudá-lo. O magistrado não conhece os detalhes desses setores econômicos. Ele está fora desse contexto geral. Ele julga a Telemar. Ele julga a Ampla, ele julga telefonia, ele julga a distribuidora elétrica, ele julga o seguro. Ele julga tudo! Julga briga de vizinho, julga plano de saúde. Não há como ter a expectativa de que o magistrado seja especialista nisso tudo. Ele é especialista somente na operação do Direito. Eu acho que o Tribunal de Justiça o Rio – e vários outros tribunais, também – recebem muito bem essa troca de conhecimento especializado. Isso é feito para gerar mais entendimento sobre a complexidade do setor. O objetivo não é de querer que os magistrados julguem a favor, ou contra. O objetivo é que os juízes entendam as nuances dos setores especializados. Eu acho esse espaço que o tribunal abre, para que os magistrados possam conversar com as empresas é muito bom! As empresas também são clientes do Poder Judiciário. Ainda que no banco do réu, a empresa seja cliente! O juiz está ali para fazer valer a ponderação. Ele está ali para avaliar a situação. No caso, a relação é rotulada como de consumo, o que garante algumas prerrogativas que privilegiam o consumidor. O CDC determina que ele é hipossuficiente. Dá prerrogativas como a inversão do ônus da prova, etc. Mas ainda assim, a minha empresa se sente cliente do Poder Judiciário. O nosso grande objetivo, quando conversamos com a magistratura, é tentar construir o que chamamos de uma análise racional e econômica. Fazemos isso com todo respeito. A gente tenta levar um pouco de racionalidade econômica para que o juiz entenda o que está por trás disso tudo¹⁶³.

Tal descolamento desta teoria analítica do direito, em prol de um discurso legitimador de práticas, poderia ocorrer como mais um reforço para o argumento da inevitabilidade das mudanças, bem como da imperatividade de novas formas jurídicas para adequar as práticas sociais às novas demandas econômicas. O risco é mais palpável se é lembrado que a construção de agências reguladoras nos países latino-americanos está diretamente relacionada com a liberalização dos ativos investidos em empresas estatais.

No capítulo anterior, foi realizada uma síntese sobre o processo específico de privatização das telecomunicações, concluindo pela delimitação dos serviços públicos, ditos regulados, que seriam prestados pelas novas empresas do setor. Neste capítulo, foi tratado do aparecimento de um conceito jurídico de regulação e demonstrado porque tal conceito possui limites analíticos ao propósito da presente tese. Inicialmente, ele é excessivamente imbuído de elementos normativos, além de pouco estar relacionado com a compreensão fática dos fenômenos que busca rotular.

163 DÉBORA BRASIL & CRISTINE MARCONDES, advogadas da AMPLA S/A, ex-advogadas da TELEMAR-OI S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 31 ago. 2006.

Posteriormente, será realizada uma descrição do conceito de regulação, tal como ele vem sendo estabilizado na legislação e na regulamentação aprovada no Brasil. De certa forma, continuará a narrativa próxima à doutrina. Todavia, serão inseridos mais elementos do desenho institucional. Será realizado um esforço no sentido de demonstrar que existe uma transposição conceitual de instituições políticas como se elas pudessem ser reduzidas a uma tecnologia jurídica. O conceito de regulação vem sendo apropriado pelo sistema de crenças do Direito brasileiro como uma evolução ou mutação na forma de ação estatal em relação à economia. Neste sentido, tratar-se-ia de uma mudança nos instrumentos de intervenção do Estado na vida econômica. Por fim, tornando clara a operação descritiva, espera-se reduzir o risco de viés que pode transparecer em estudos sociológicos que necessitam trabalhar com representações sociais, tal como o faz a doutrina jurídica.

3 CONSTRUÇÃO E DILEMAS INSTITUCIONAIS DAS AGÊNCIAS

O capítulo inicial tratou das mudanças econômicas havidas com a privatização das telecomunicações e indicou como tal processo está relacionado à necessidade de instituir um ambiente institucional propício para o funcionamento daqueles novos grupos empresariais. A tentativa dos juristas de firmar conceitos específicos para a defesa das agências reguladoras é uma parte relevante deste ambiente institucional pretendido. Por tal motivo, o segundo capítulo examinou as disputas doutrinárias e demonstrou como tal debate ignorou a existência de um novo conceito de Direito, relacionado ao aumento das demandas sociais por valores jurídicos. Portanto, após ter sido realizado um primeiro panorama sobre a apropriação do debate junto aos autores de Direito Administrativo e à doutrina do Direito Público, no Brasil, é relevante analisar a construção institucional. Esta parte será dedicada a desenhar um marco normativo e institucional das entidades administrativas.

3.1 Agências reguladoras e agências executivas: distinções

Preliminarmente, cabe diferenciar o conceito legal atribuído às agências reguladoras e às agências executivas. A maioria dos doutrinadores brasileiros pretende que as primeiras sejam consideradas como uma nova modalidade de ente administrativo. No caso das últimas, apenas haveria a atribuição a um grau de autonomia majorada aos entes pré-existentes – autarquias e fundações federais – por meio de um contrato de gestão, previsto no texto constitucional no art. 37, §8º da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998:

Art. 37. [...]

§8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.

Assim sendo, a designação legal das agências executivas deriva da Lei nº 9.649, de 1998. Este diploma legal possui dois artigos que tratam desta atribuição legal de agências executivas, que seria o modo de transformação em geral dos entes administrativos em entes pré-existentis:

Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:

I – Ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;

II – Ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.

§1º A qualificação como Agência Executiva será feita em ato do Presidente da República.

§2º O Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão.

Art. 52. Os planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional definirão diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da Agência Executiva.

§1º Os Contratos de Gestão das Agências Executivas serão celebrados com periodicidade mínima de um ano e estabelecerão os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento.

§2º O Poder Executivo definirá os critérios e procedimentos para a elaboração e o acompanhamento dos Contratos de Gestão e dos programas estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das Agências Executivas.

Por meio destes dois dispositivos legais, haveria tanto a previsão da possibilidade de qualificação, com os seus requisitos, quanto a definição de obrigações a serem cumpridas. Com a aplicação deste plano, o objetivo é que todas as entidades qualificadas ganhassem metas e padrões para serem aferidas pela Administração central. Para efetivar os detalhes desta proposta, foram editados dois Decretos presidenciais, em 02 de fevereiro de 1998. O primeiro foi o Decreto nº 2.487. O segundo foi o Decreto nº 2.488. A idéia era que estes órgãos pudessem experimentar um grau de reorganização flexível tanto em relação ao seu quadro de pessoal, quanto na aquisição de bens e serviços. Desta forma, a modificação introduzida na Lei nº 8.666, de 1993, contemplou a inclusão de mais uma hipótese de dispensa de licitação com alusão explícita às agências, no seu art. 24, parágrafo único.

O primeiro, Decreto nº 2.488, de 02 de fevereiro de 1998, lista algumas características de majoração de autonomia que podem ser facultadas às entidades qualificadas por contrato de gestão como agências executivas, que podem ser agrupadas em três conjuntos: autonomia financeira; autonomia para gestão de pessoal e autonomia organizacional. Deve ser ressaltado

que este grupo de prerrogativas não permite à entidade ignorar o marco legal, tal como estava discriminado na própria norma.

Não é prudente entrar em detalhes sobre o tema. O que vale ser indicado é que apenas uma única instituição foi objeto de qualificação como agência executiva¹⁶⁴: o Instituto Nacional de Metrologia e Qualidade Industrial (INMETRO). Em entrevista, uma servidora do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), indicava em 2001, que os dirigentes de tais entidades queriam transformá-las em agências reguladoras para poder contratar servidores sem concurso, bem como para fruir de outras potenciais flexibilidades referidas à aquisição de bens e serviços. Na prática, o modelo não foi aplicado¹⁶⁵.

3.2 Ausência de modelo geral: traços similares, contudo

De tal forma, o que vale ser referido é que inexistente uma lei geral que preveja um modelo amplo de agências reguladoras, como um tipo específico de ente administrativo. Mesmo a Constituição Federal não prevê, entretanto, a figura do ente administrativo – ou, entidade, ou autarquia – denominada “reguladora”. Logo, ficou apenas determinada que a regulação é uma função estatal, dentre as várias que podem ser atribuídas aos diversos órgãos. Neste sentido, as duas menções, referentes às telecomunicações e ao petróleo, indicam que haverá a criação de um “órgão regulador”, como já foi evidenciado no quadro 03.

O que é central, portanto? Note-se que não há obrigação de que tal função venha a ocorrer na forma de uma agência, tendo-se apenas a Constituição Federal no horizonte. Um complicador jurídico formal é que o conceito de “órgão” não pressupõe a noção de personalidade jurídica própria, obviamente. Desta forma, o Conselho Nacional de Telecomunicações poderia ser re-fundado dentro do Ministério das Comunicações como um órgão regulador, com atenção ao texto derivado da Emenda Constitucional. O mesmo raciocínio poderia ser aplicado para o Conselho Nacional de Política Energética, como um

¹⁶⁴ Modesto, Paulo. *Agências Executivas: a organização administrativa entre o casuísmo e a padronização*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. 1, n. 6, set. 2001.

¹⁶⁵ VERONESE, Alexandre. **As unidades de pesquisa do MCT e a Reforma do Estado: organizações sociais (1995-2002)**. Dissertação em Ciências Jurídicas e Sociais, Niterói, Universidade Federal Fluminense, Or. Marcelo Pereira de Mello, 2002.

órgão regulador, ausente de personalidade jurídica porque subsumido como órgão do Ministério das Minas e Energia. Assim, o discurso jurídico da previsão constitucional destas duas agências é apenas em parte verdadeiro. Sem dúvida, há a previsão de um órgão regulador. Entretanto, não há a previsão de um ente autárquico. Muito menos há a estipulação de um ente autárquico de natureza especial, com caráter inovador de autonomia majorada.

O problema terminológico não é um mero detalhe. Poderia ser mencionado que existe uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 81/2003, baseada na necessidade de previsão constitucional do modelo de agência reguladora. A solução proposta por Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto é a tradução do termo utilizado na Espanha – e na Europa, em geral – para a figura administrativa congênera: autoridade administrativa independente¹⁶⁶. Claro que esta interpretação é plena de críticas:

A Anatel é a referência. A LGT é a lei de referência. Então, eu acho que se alguém tiver que repensar o modelo de agência, o paradigma continua sendo a Anatel. Especialmente pela forma radical com que ela foi proposta. Era para ser a mais “independente” das agências. Mas aí vem esse art. 9º. Isso é patético para mim: “a agência atuará como autoridade administrativa independente”, que é como se diz na Europa. Como é que se atua como “autoridade administrativa independente”. Não existe o resto do mundo? Eu faço uma pergunta de leigo. Existe isso? O primeiro presidente da Anatel disse: “o primeiro livro da LGT será dedicado aos princípios”. Uma coisa do tipo: “pegar esses extratos e analisar isso numa dimensão principiológica”. Você teria que reler todo o setor a partir desse tipo de princípios, como o do art. 9º. Esse “atuar” viraria uma dinâmica, digamos assim, principiológica. Outro ponto. É a única vez que se cita autoridade administrativa independente. Aí, eu fico atônito. Quer dizer. Se ela é uma autarquia, ela é autônoma. Etimologicamente, ela é autônoma, não é isso? Apesar de ser especial. Mas. autoridade administrativa independente? Eu não posso levar a sério!¹⁶⁷

Um problema para tal aclimação é que a categoria “autoridade”, no Brasil, é utilizada para designar os indivíduos (agentes públicos) responsáveis pelo desempenho das funções administrativas. Para tanto, eles operam em órgãos, contidos em entidades, conforme consubstanciou a Lei nº 9.784/1999. Esta lei, denominada “Lei do Processo Administrativo Federal”, definiu normativamente categorias que antes eram apenas doutrinárias:

166 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

167 MURILO CÉSAR RAMOS, pesquisador do setor de telecomunicações (UnB) e coordenador na formação do corpo técnico da ANATEL, entrevista, Brasília, 15 out. 2006. Ficha 127.

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

§1º [...].

§2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I – órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;

II – entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;

III – autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.

Desta forma, a melhor solução possível ainda reside naquela que já foi aclimatada pela legislação brasileira, ou seja, utilizar a categoria “autarquia”, acrescida de um regime especial de prerrogativas de função. Um relato sobre esta construção foi feito por um ex-presidente da agência:

Eles começaram a estudar esse negócio e fizeram um trabalho brilhante. Eles foram lá atrás. Analisaram toda a concepção jurídica de origem e chegaram a propor que se criasse um órgão regulador com muito mais independência do que nós estávamos até imaginando. Foi dentro do conceito de um cartório. Eles chamavam esse órgão de Ofício Brasil de Telecomunicações. Usando até o ofício dos cartórios! A idéia, então, era criar um agente que tivesse completa independência do governo, a exemplo dos cartórios, mas que tivesse responsabilidades perante o Estado. Quer dizer, dava a liberdade, mas dava a responsabilidade, junto. Eles foram para o extremo. Essa concepção encantou todo o mundo, inclusive o Ministro. Todo o mundo achou: “isso aí é o ovo de Colombo, eles botaram o ovo em pé”. Fizemos uma reunião com várias pessoas do governo, vários ministros, bem como com o chefe da Advocacia Geral da União, o Gilmar Mendes, que era o subchefe jurídico da Casa Civil, na ocasião. O Clovis Carvalho participou da reunião. O pessoal do Ministério do Planejamento. Foi uma reunião de alta cúpula. Juntou o pessoal do governo para que o Carlos Ari Sundfeld apresentasse essa idéia. Ele apresentou a idéia do OFTEL, e todo o mundo achou a idéia ótima! Discutiram e decidiram: “a gente tem duas alternativas; ou a gente faz o ótimo e não consegue aprovar; ou faz o bom e consegue”. Eles fizeram a avaliação de que a idéia era tão arrojada, que tudo não seria aprovado pelo parlamento. Até porque a própria idéia de um órgão regulador independente já era muito contestada pelos partidos de esquerda. Imagine essa concepção de que seria absolutamente independente. Aí, resolveu-se desse modo: “vamos fazer o mais independente possível daquilo que já existe no Brasil e daquilo que se faz”. Então, examinou-se, lá, que a autarquia era o agente mais independente existente no sistema jurídico brasileiro. Ainda tentou-se dar mais independência criando a figura de uma autarquia especial¹⁶⁸.

Todavia, como relatado, o Poder Legislativo aprovou a legislação proposta pelo Executivo e corroborou com a tentativa de efetivar um transplante jurídico-institucional. Esta aclimação levou em conta a tradição administrativa pré-existente. Relevou-se a falta de técnica legislativa havida nas duas Emendas Constitucionais, que modificaram os artigos que

168 RENATO GUERREIRO, antigo dirigente do Ministério das Comunicações e antigo Presidente da ANATEL, Entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006. Ficha 72.

permitiram a privatização do setor de telecomunicações, bem como a flexibilização do setor de energia combustível. Neste sentido, resgatou-se a noção de autarquia administrativa para servir como base legal do ente sobre o qual seria apoiada a nova função reguladora. Mas apenas tal resgate não seria conveniente já que as autarquias haviam sido erodidas em sua formulação original porque foram submetidas ao quadro constitucional, cujo caráter foi uniformizador. Desta forma, a solução foi adjetivar o conceito de autarquia para tentar efetivar mais um processo de distinção jurídica. As agências reguladoras foram, portanto, legalmente instituídas como autarquias de regime especial. A lei de criação da ANATEL é elucidativa neste sentido:

Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

[...] §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.

Art. 9º A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

Antes de descrever o problema relacionado à delimitação do que seja autonomia, é necessário indicar a possibilidade de classificação das várias agências em relação ao tipo de atividades que executa. Assim, as diversas entidades atribuídas da denominação de agências reguladoras podem ser alinhadas com outros entes que desempenhariam função semelhante. Estas atividades poderiam ser classificadas de acordo com a atuação tradicional do Estado como: **(a)** concessão e fiscalização de serviços públicos ou de interesse público; **(b)** fiscalização administrativa de atividades socialmente relevantes; e **(c)** fomento a segmentos econômicos relevantes.

Figura 10 – Classificação das agências por atividades.

Serviços públicos ou de interesse público	Fiscalização de atividades socialmente relevantes	Fomento / gestão de segmentos econômicos
ANATEL, ANP, ANEEL, ANAC, ANTT e ANTAQ	ANS, ANVISA, CMED	ANA, ANCINE

Alguns autores incluem o Banco Central do Brasil, o Conselho Monetário Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no rol de entidades administrativas que possuem evidente função reguladora¹⁶⁹. Por outro lado, Conrado Hübner discorda que o Banco Central possa ser uma agência reguladora “avant la lettre”, apesar de sua função¹⁷⁰. É claro que esta inclusão ocorreu sem que estas entidades administrativas tenham sido criadas na leva contemporânea de instituição das agências.

As agências reguladoras requerem o mesmo processo legal para criação que os demais entes administrativos, do ponto de vista constitucional. É requerido que sejam criados por lei, conforme dispõe o art. 37, inciso XIX, segundo a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. A única diferença fixada pela constituição se dá com as empresas públicas e sociedades de economia mista, tendo em vista que elas possuem uma característica de direito privado. Na sua origem e função, elas são sociedades mercantis ou industriais geridas pela União. Como instituições deste tipo, são criadas pela projeção da vontade de indivíduos em assembleias de acionistas, com a formação de pactos societários, que atribuem capital àquela operação. Não há lei de criação, portanto, segundo o mesmo dispositivo. A Constituição Federal determina a necessidade de uma lei autorizadora para a realização posterior dos demais atos de criação, tais como a transcrição de registros sociais e as anotações patrimoniais.

Antes de mencionar que existem características que unificam as agências reguladoras, como autarquias de natureza especial, há que se frisar o significado deste adjetivo. O Supremo Tribunal Federal decidiu na ADIN nº 1717-6, que as atividades típicas de Estado somente podem ser prestadas por entes de direito público. Como a noção de autarquia havia perdido a sua caracterização de autonomia majorada, a instituição de novas prerrogativas funcionais, por meio das leis federais específicas para cada agência, abrigou-se sob o conceito amplo da “natureza especial”. Sobre este tema, um dos entrevistados indicou:

Há críticas com relação a essa expressão “autarquia especial”. Falamos de autarquia especial porque se você for consultar o Decreto-Lei nº 200, os artigos 4º e 5º cuidam

169 ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 177-178.

170 HÜBNER MENDES, Conrado. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros da discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 99-139, cit. p. 130.

do que seria autarquia, sociedade de economia mista, empresas públicas e de fundações públicas. Ali no conceito de autarquia se fala sobre serviço autônomo. Mas a construção de uma autarquia sob o regime especial se dá pelo objetivo primeiro de que não há supervisão ministerial. Em segundo lugar, foi consagrada a autonomia administrativa; depois, a autonomia financeira, ou seja, a ANATEL gera recursos próprios, ela não precisa do Tesouro Nacional, pelo contrário, ela leva muitos recursos para o Tesouro Nacional. Ela contribui para o chamado superávit primário. [...] Tem vinculação apenas orgânica porque nós não podemos ser um órgão autônomo, na acepção da palavra. Isso contrariava a Constituição Federal. No início pensou-se num órgão autônomo. Mas eu mesmo, como consultor para a área jurídica, disse que era impossível no nosso modelo constitucional. Então foi por isso que essa expressão “especial” foi agregada ao vocábulo autarquia, como dizem os autores. Mas há críticas severas, inclusive de Celso Antônio Bandeira de Melo e do Ministro Eros Roberto Grau¹⁷¹.

Estas críticas têm amparo numa interessante visão sobre o fenômeno, como já foi exposto. Elas são relacionadas, nos dois casos, com uma defesa da perspectiva tradicional do direito administrativo, contra as pretendidas inovações. Para entender a questão, há que se repassar algumas análises mais estritas, do ponto de vista jurídico, sobre a questão da autonomia e da independência, tal como figuram nos textos legais, em especial na Lei nº 9.472/97, que instituiu a ANATEL.

Assim sendo, a primeira pergunta que deveria ser feita é se os dois conceitos são ou não meros sinônimos. Na hipótese de que fossem, sim, sinônimos, haveria um problema jurídico e conceitual. Tal situação normativa – sinonímia entre as palavras “autonomia” e “independência” – abrangeria diversas leis de criação das agências reguladoras. Esta ausência de diferenciação tenderia a anular a possibilidade de serem instituídos dois graus intermediários para atribuição de afastamento funcional da subordinação dos entes administrativos em relação ao Poder Executivo, no seu escopo decisório. Mais grave, porque a ausência de distinção tende a introduzir confusão conceitual. Um dos entrevistados relata o dilema:

Eu acho que há uma confusão conceitual. Esse é o meu argumento preferido! Há uma confusão enorme entre o conceito de autarquia e o conceito de independência. Eu lanço isso como provocação. [...]. Eu considero que foi um artifício retórico. Você colocar a idéia de independência na LGT foi um artifício retórico que, para mim, gerou gravíssimas conseqüências. Eu fui estudar no Direito Constitucional e na Constituição. O que é independência? O que é autonomia? Qual é a diferença? Eu descobri que a independência na Constituição se refere à soberania nacional ou, então, se refere ao Ministério Público, à advocacia em geral, que atende aos cidadãos... Eles são independentes... Ninguém mais é independente nos termos da

171 ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 41.

Constituição. Quando o Lula ganhou as eleições, eu imaginei: “isso vai dar problema”. De uma forma geral, especialmente nesse setor de infra-estrutura, o PT sempre teve muita dificuldade de entender esse tal modelo de autonomia de agências reguladoras. Isso foi agravado, no meu entendimento, pela retórica da independência, que é totalmente irreal¹⁷².

Eis a falta de clareza quanto ao modelo importado: as agências norte-americanas ou as autoridades administrativas independentes européias? Intuitivamente, somos levados a pensar que os construtores institucionais do modelo brasileiro não tenham chegado a um termo razoável na opção relacionada com o local da importação. Será que o melhor a fazer seria uma tradução direta do modelo federal norte-americano (“regulatory agencies”), cujo inconveniente seria o difícil equilíbrio em relação à realidade do Direito romano-germânico, em especial ou brasileiro? Ou, ao contrário, seria melhor avaliar as diversas experiências de importação do modelo americano que estavam sendo conduzidas nos vários países europeus (autoridades administrativas independentes)?

Note-se que cada agência reguladora possui características específicas derivadas de cada lei de instituição. Não há um modelo legal básico. A base mais ou menos comum decorre do longo processo de aprovação legislativa de cada entidade federal. Todavia, após o decurso de um relativo período de tempo, podem ser consideradas algumas características gerais das agências reguladoras na União por estas terem sido repetidas em diversas leis instituidoras. Estas características, de modo geral, são derivações da atribuição de autonomia que seria decorrente da noção de autarquia de regime especial. A mesma questão da diferenciação de autonomia, então, se apresenta, em relação a cada uma das leis de instituição.

3.3 A autonomia das agências como traço e as suas várias categorias

Como mencionado, cada agência reguladora foi formalmente atribuída com a prerrogativa de um rol de atributos derivados da autonomia, tal como é previsto em sua lei específica de criação. Em síntese, estes atributos podem ser listados como cinco ramificações derivadas da autonomia: (a) administrativa, (b) financeira e patrimonial, (c) funcional e

¹⁷² MURILO CÉSAR RAMOS, pesquisador do setor de telecomunicações (UnB) e coordenador na formação do corpo técnico da ANATEL, entrevista, Brasília, 15 out. 2006. Ficha 120.

relacionada às decisões técnicas, (d) ausência de subordinação hierárquica; e (e) mandato fixo e estabilidade dos dirigentes. Examinem-se cada uma delas.

3.3.1 Autonomia administrativa

Quase todas as agências possuem previsão legal desta prerrogativa (ANATEL, ANVISA, ANS, ANA, ANTT, ANTAQ, ANCINE, ANAC). A autonomia administrativa tem um caráter bastante genérico. Ela poderia ser autonomia organizacional (fixar o seu regulamento interno, por exemplo). Mas, claramente não abrange tal competência. Diz respeito apenas a gerir suas atividades de forma cotidiana, autonomamente. A menção “gestão de recursos humanos”, que é repetida como característica da ANS, claramente está contida nesta designação.

Uma ressalva pode ser feita em relação à ausência de previsão na autonomia organizacional. Uma das características básicas de tal autonomia seria a possibilidade de auto-organização, desde que, não, nos limites das estipulações legais, tais como quantitativo de cargos, limites orçamentários, etc. Isto poderia indicar que teriam a capacidade de definir, por meio dos seus regimentos internos, os seus sistemas decisórios e as suas estruturas de cargos. Note que o modelo das agências executivas previa esta caracterização de autonomia, restringida por um contrato de gestão. Esta prerrogativa de auto-organização limitada, no caso de todas as agências reguladoras federais, é inexistente. Isto demonstra que a autonomia administrativa de tais entidades, apesar de prevista em tese, não é passível de efetividade por si mesma.

3.3.2 Autonomia financeira e patrimonial

A maior parte das agências reguladoras federais possui a previsão de autonomia financeira (ANATEL, ANVISA, ANS, ANA, ANTT, ANTAQ, ANCINE, ANAC). Excepcionalmente, a ANS possui a referência adicional à autonomia patrimonial. Esta pode ser incluída na autonomia financeira. Todavia, uma ressalva relevante é que a ANP e a ANEEL não têm, em suas leis de criação, explícita menção a tal característica. Entretanto,

ambas possuem seções da mesma legislação discriminando os seus acervos patrimoniais e receitas fixas.

Uma ressalva que pode ser feita é a localização da ausência de autonomia orçamentária como um problema prático. Inexiste menção específica à autonomia orçamentária das agências reguladoras. O porquê é óbvio. Tal atribuição seria uma inconstitucional expropriação da competência orçamentária que é atribuída ao Poder Legislativo. Entretanto, várias agências reguladoras federais possuem previsão legal de receitas próprias para custear as suas atividades. Portanto, como diversas outras entidades e órgãos da administração pública, elas possuem uma atuação marcada pela capacidade de arrecadar. Todavia, tais receitas não podem ser arrecadadas para a contabilidade específica de tais entidades ou órgãos, sob risco de expropriar a prerrogativa legislativa no tocante ao orçamento da União. Assim, elas ficam dependendo da previsão de retorno de tais recursos. Uma vez aprovado o orçamento da União é gerido e pode ser modificado pelo Poder Executivo, que possui ampla margem de gestão neste tópico. A prática tem demonstrado que o Poder Executivo pode contingenciar recursos arrecadados por tais entidades, liberando apenas a medida mínima para o seu funcionamento. Esta operacionalização, referida ao orçamento, demonstra que a autonomia financeira e patrimonial, indicada anteriormente, pode facilmente ser erodida na prática administrativa atual. Entretanto, de outra forma, as agências gozariam de uma prerrogativa excepcional de ultrapassar o Poder Legislativo, o que claramente seria um excesso constitucional.

3.3.3 Autonomia funcional e relativa às decisões técnicas

Ela é prevista formalmente apenas para três agências (ANTT, ANTAQ, ANS). A autonomia funcional equivale à noção de autonomia em “decisões técnicas”, referida à ANS. Tal prerrogativa pode parecer polêmica à primeira vista. Todavia, na perspectiva doutrinária é óbvio que uma entidade ou órgão que possui competência técnica usufrui de autonomia decisória em relação à matéria. A revisão de tal decisão exigiria um contraste técnico compatível e razoável, que só poderia ser solucionado após um complexo arbitramento. A própria noção administrativa de autarquia já trazia em seu contexto a caracterização de especialização funcional com o sentido de autonomia decisória. Na prática. As decisões firmadas pelas agências reguladoras têm sido respeitadas pelo Poder Executivo, de forma

geral. Existem raras exceções. Mas a legislação não fixa de forma clara a impossibilidade de revisão hierárquica das decisões dos órgãos centrais das agências reguladoras pelos Ministérios aos quais elas estão vinculadas, o que gera certa incerteza.

3.3.4 Autonomia por meio da ausência de subordinação hierárquica

Essa autonomia foi inserida nas leis instituidoras da ANATEL e ANAC. A referida “ausência de subordinação hierárquica” representa um ponto polêmico. Se for lida como equivalente à autonomia funcional, torna-se ausente de problemas. É evidente que a pressuposição seria a de que a agência reguladora reunisse competência material específica na sua área de atuação. Logo, não seria razoável contradizê-la em suas decisões técnicas. Após a decisão, salvo na existência de vícios de caráter formal ou procedimental, as decisões da agência seriam irrecorríveis, do ponto de vista hierárquico. Entretanto, seriam, ainda assim, passíveis de revisão.

Outro lado da questão pode ser mencionado. Se a leitura conceitual for realizada de forma muito ampla, pode ser atribuída uma caracterização excessiva de autogerenciamento que induziria à concepção de que uma agência não deve observância aos ditames do Ministério ao qual está vinculada. Esta temeridade poderia levar ao dilema havido com a ANATEL, quando a agência decidiu aprovar sua reorganização interna, sem a observância da necessidade de que tal regimento requer a anuência do ministro para ser encaminhada à formação do decreto presidencial. Esta necessidade fica evidente porque a praxis administrativa demonstra que o ministro é, inclusive, indicado nominalmente na publicação dos Decretos Presidenciais, na praxe brasileira. O decreto é atribuído constitucionalmente ao Presidente; porém, o nome do ministro da pasta relacionada ao tema do Decreto sempre figura abaixo no Diário Oficial.

O debate é agudo no Direito Administrativo, porém resvala na interpretação do sistema constitucional, também. Uma crítica dirigida contra esta prerrogativa está relacionada com o princípio da hierarquia na organização do serviço público, realizada a partir de uma leitura do texto constitucional. São citados dois dispositivos. O primeiro diz respeito à

competência constitucional do Presidente da República, como chefe do Poder Executivo da União, expressa no art. 84, inciso II. O segundo dispositivo é o art. 87, parágrafo único, inciso I, que explicita a competência dos ministros de Estado para gerir os seus ministérios¹⁷³. O argumento de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto é o de que o texto constitucional não induz a interpretação de que o legislador ordinário pudesse ser limitado em estabelecer esta prerrogativa. Tal interpretação geraria um conceito de ação presidencial no qual o funcionamento da União seria detalhadamente passível de intervenção cotidiana¹⁷⁴. Todavia, a concepção do autor incorre em um problema jurídico típico: a tentativa de frear o dilema cotidiano com uma racionalidade jurídica pré-existente. Na prática, esta é a função primária atribuída à utopia do positivismo jurídico que, em um momento precedente do seu trabalho, ele critica. De forma trágica, a solução para a zona cinzenta de ações relacionadas às políticas setoriais não pode ser equacionada previamente. Por um lado é relevante excluir o “bonapartismo” da gestão presidencial. Mas, por outro, é pouco razoável atribuir confiança política demasiada nas agências como defensores de uma razão técnica, fortemente infensa à política. Um dos entrevistados, por exemplo, apresenta uma concepção diametralmente oposta sobre o tema:

O que é essa coisa da técnica versus a política? Esse é o mais grave! Foram incensadas duas idéias, completamente artificiais para o processo das agências. A primeira era a de que as agências são técnicas e não estão envolvidas na política. A segunda era a de que a agência é independente. O que é ser independente? Então foram criados esses dois mitos, que funcionaram bem no governo Fernando Henrique. [...] Então, isso para mim é um problema central nesse processo. Acredito que isso gerou um equívoco brutal, com grandes reflexos. [...] A agência começou inclusive, a agir no caso da TV digital. Esse tema começou a ser tocado com ela. Logo, a agência começou a fazer política setorial. Ela transcendeu o seu poder. Começa já a querer fazer política setorial, que é uma atribuição do Executivo, Legislativo. [...] A idéia é a de que a Anatel é um ente técnico, que a Anatel não fazia política. Não faz política setorial? Isso é uma confusão. Isso o senso comum absorve. Todo o dia eu escuto isso na televisão, ouço no rádio e leio no jornal: “O setor de telecomunicações está politizado”. Claro que está! Aliás, ele estará sempre politizado. Ele nunca deixou de estar politizado! O que é grave não é a politização. Ela é parte do processo. A política permeia tudo. O que eles confundem são os modos de partidarização de entes públicos. Existem entes públicos que podem vir a ser aparelhados, seja por partidos, seja por setores corporativos. São entes públicos que deveriam estar cumprindo seu papel político na sociedade. O que uma agência faz? A agência sempre foi, é e será permeada pela política. [...] Até hoje tem gente

173 Tal ponto de vista pode ser apreendido em: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

174 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e regime jurídico**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005.

na Anatel que continua repetindo essa estória... Um dia, eu disse a um dos conselheiros, num intervalo de um evento sobre essas questões: “caro amigo, isso que você está afirmando é uma impossibilidade epistemológica”. Apesar de sermos bons amigos, eu sei que ele traz aquela visão de formação técnica, de engenheiro. De que a técnica é separada da política. Não é! Mas isso fez parte do modelo. Os criadores disseram que o modelo era assim. Ele foi calcado nessa idéia. Os primeiros conselheiros acreditavam, sinceramente, que eles eram só técnicos. Acreditavam que eles executavam uma arquitetura previamente estabelecida. Esse é o ovo da serpente que se criou com as agências¹⁷⁵.

O problema é relacionado com a importação seletiva dos institutos jurídicos porque ela se faz sem que haja a pressuposição de uma base social para dar suporte jurídico àquela transposição. No caso brasileiro, onde há fraqueza de interveniência política e social na formação das políticas públicas federais, o ideal seria haver uma forte estrutura para suprir tal insuficiência. Logo, a solução não seria “banir a política”, algo impossível. Mas, possibilitar a interveniência qualificada de mais atores sociais no processo¹⁷⁶.

3.3.5 Autonomia por meio de mandato fixo e estabilidade dos dirigentes

Quase todas as agências federais possuem esta previsão legal (ANATEL, ANVISA, ANS, ANTT, ANTAQ, ANAC). As formas de organização dos centros decisórios é razoavelmente variada nas diversas agências. A previsão da prerrogativa de mandatos fixos, em alguns casos combinada explicitamente com a estabilidade dos dirigentes, é uma necessidade para o exercício de decisões que podem contrariar fortes interesses econômicos e sociais. Tal prerrogativa não é polêmica em relação à literatura.

É importante identificar que diversas leis instituidoras fixaram a quarentena para ex-dirigentes das agências reguladoras. Tal fixação constitui, no mínimo, um equilíbrio razoável para a prerrogativa de estabilidade no exercício dos mandatos. Porém, a questão não foi resolvida de forma completa. De acordo com César Mattos & Bernarndo Mueller, a possibilidade de recondução pode abrir a tendência de docilidade do dirigente para garantir a

¹⁷⁵ MURILO CÉSAR RAMOS, pesquisador do setor de telecomunicações (UnB) e coordenador na formação do corpo técnico da ANATEL, entrevista, Brasília, 15 out. 2006. Ficha 209.

¹⁷⁶ Um bom exemplo deste tipo de proposta por ser visto em: FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Trad. Gustavo Binenbojm & Caio Mário da Silva Pereira Neto.

sua renovação de mandato¹⁷⁷. Desta forma, esta solução parece positiva nos casos em que houve tal previsão. Nas agências em que existe tal hipótese, o ideal seria suprimir tal possibilidade.

Ademais, é óbvio que a garantia formal não exclui a possibilidade de que ocorra pressão política para forçar a exoneração a pedido de algum titular de em agência reguladora. Isto ficou evidente com o caso da ANAC, no qual os diretores da agência foram paulatinamente “convencidos” a pedir exoneração, no meio da crise. Em tempo, naquela crise houve um aumento considerável da possibilidade de aprovação de um mecanismo de revogação legislativa (“recall”) de mandato de dirigente de agência reguladora, no contexto dos debates que estavam sendo levados a termo por conta do Projeto de Lei nº 3.337/2004, que será analisado posteriormente.

As agências reguladoras possuem um diploma legal, de caráter geral, que fixa diretrizes para os seus servidores¹⁷⁸. Desta forma, o pessoal alocado nestas entidades, seja em cargo comissionado, seja como servidor efetivo, fica regulado pela mencionada legislação. Uma ressalva é que a Lei nº. 9.986, de 2000, foi vetada pelo Presidente da República no tocante à submissão dos futuros agentes públicos das agências reguladoras ao regime de emprego público, portanto submetido à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O regime atualmente vigente é aquele fixado pela Lei nº 8.112, de 1990, com suas diversas modificações e com atenção às especificidades delineadas pelo próprio regime legal da Lei nº 9.986, de 2000. Os agentes são, portanto, servidores públicos federais em sentido estrito. Tal lei traça especiais considerações sobre o processo de nomeação, de estabilidade, de vedações e de quarentena para os dirigentes destas autarquias.

177 MATTOS, César; MUELLER, Bernardo. Regulando o regulador: a proposta do governo e a ANATEL. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, Instituto de Economia, UFRJ, v. 10, n. 3, p. 517-546, set./dez. 2006.

178 Cf. Lei n. 9.986, de 2000, posteriormente modificada pela Lei n. 10.871, de 2004.

Quadro 18 – Disposição sobre a nomeação de dirigentes: Lei n° 9.986, de 2004, com dispositivos da Lei n° 10.871, de 2004

Criação dos cargos	<p>Art. 2º Ficam criados, para exercício exclusivo nas Agências Reguladoras, os cargos Comissionados de Direção - CD, de Gerência Executiva - CGE, de Assessoria - CA e de Assistência - CAS, e os Cargos Comissionados Técnicos - CCT, constantes do Anexo I desta Lei.</p> <p>[...]</p> <p>Art. 4º As Agências serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por conselheiros ou diretores, sendo um deles o seu presidente ou o diretor-geral ou o diretor-presidente.</p>
Quarentena	<p>Art. 8º O ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato.</p> <p>§1º Inclui-se no período a que se refere o <i>caput</i> eventuais períodos de férias não gozadas.</p> <p>§2º Durante o impedimento, o ex-dirigente ficará vinculado à agência, fazendo jus à remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu e aos benefícios a ele inerentes.</p> <p>§3º Aplica-se o disposto neste artigo ao ex-dirigente exonerado a pedido, se este já tiver cumprido pelo menos seis meses do seu mandato.</p> <p>§4º Incorre na prática de crime de advocacia administrativa, sujeitando-se às penas da lei, o ex-dirigente que violar o impedimento previsto neste artigo, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, administrativas e civis.</p> <p>§5º Na hipótese de o ex-dirigente ser servidor público, poderá ele optar pela aplicação do disposto no § 2º, ou pelo retorno ao desempenho das funções de seu cargo efetivo ou emprego público, desde que não haja conflito de interesse.</p>

Quadro 19 – Disposição sobre a nomeação de dirigentes: Lei n° 9.986, de 2004, com dispositivos da Lei n° 10.871, de 2004

Mandatos	<p>Art. 6º O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.</p> <p>Parágrafo único. Em caso de vacância no curso do mandato, este será completado por sucessor investido na forma prevista no art. 5º.</p> <p>Art. 7º A lei de criação de cada Agência disporá sobre a forma da não-coincidência de mandato.</p>
Nomeação	<p>Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea <i>f</i> do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.</p> <p>Parágrafo único. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente será nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes do Conselho Diretor ou da Diretoria, respectivamente, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação.</p>
Estabilidade	<p>Art. 9º Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.</p> <p>Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.</p>
Substituições transitórias, de caráter	<p>Art. 10. O regulamento de cada Agência disciplinará a substituição dos Conselheiros e Diretores em seus impedimentos ou afastamentos</p>

legal	regulamentares ou ainda no período de vacância que anteceder a nomeação de novo Conselheiro, ou Diretor.
-------	--

Celso Bandeira de Mello dirige a crítica de que a estabilidade dos dirigentes. Segundo o seu ponto de vista, tal estabilidade seria flagrantemente inconstitucional porque os mandatos seriam definidos com um período maior do que o termo do Presidente da República, tal como fixado na Constituição Federal¹⁷⁹. Este ponto de vista é rebatido por diversos autores, dentre os quais Marques Neto. O argumento é que tal prerrogativa foi fixada por meio de lei específica e que não existe clara e expressa determinação legal, ou constitucional, de que o Presidente da República possa exonerar e re-nomear todos os cargos da administração pública federal.

O que existe é a previsão constitucional de que o Presidente da República é o chefe do Poder Executivo federal. Mas tal competência (exonerar e nomear) está relacionada ao cargo e não à pessoa que o ocupa. Desta forma, a alegação que visa considerar que todo o Estado é amplamente modificável pelo fato da Presidência ser ocupada por um novo titular corresponde à danosa confusão entre o cargo e a pessoa que o ocupa.

Outra questão relacionada é a defesa da não-coincidência de mandatos dos dirigentes das agências (diretores ou conselheiros) e do Presidente da República. A maior parte da literatura jurídica considera razoável que haja uma separação entre os mandatos dos dirigentes das agências reguladoras e ao mandato do Presidente da República. Isto faz com que o Presidente eleito tenha que esperar algum decurso temporal para que possa dispor dos cargos dirigentes das agências reguladoras. Alega-se que esta questão não seria um cerceamento do exercício na chefia do Poder Executivo, pelo Presidente da República, já que ele ainda disporia dos cargos dos ministros de Estado.

Como indicam César Mattos e Bernardo Mueller¹⁸⁰, a restrição não afetaria o novo traçado das políticas públicas, já que seriam os ministros de Estado que auxiliariam efetivamente no seu desempenho.

179 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

180 MATTOS, César; MUELLER, Bernardo. Regulando o regulador: a proposta do governo e a ANATEL.

Revista de Economia Contemporânea, Rio de Janeiro, Instituto de Economia, UFRJ, v. 10, n. 3, p. 517-546, set./dez. 2006.

3.3.6 Permeabilidade social e transparência

Existem duas características adicionais que são importantes para o modelo de agências reguladoras, apesar de não serem específicas dele: **(a)** transparência nas decisões; e **(b)** mecanismos formais de participação pública. Alguns autores, como Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, colocam bastante ênfase nestes elementos, como um modo de definição do modelo de agências reguladoras em relação às demais entidades administrativas¹⁸¹. Todavia, a administração pública deve implantar algumas destas características, de acordo com diversas determinações inseridas pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Em especial, deve ser destacado que as audiências e as consultas públicas – previstas na Lei Federal do Processo Administrativo – têm sido corriqueiras no ambiente das várias autarquias e fundações¹⁸². O quadro comparativo, à frente, realiza uma descrição dos vários mecanismos jurídicos de permeabilidade social, como forma democrática de estímulo e de controle nos marcos normativos das várias agências federais. É claro que a ANATEL possui as devidas previsões normativas para induzir a permeabilidade decisória. No entanto, a prática das audiências e consultas é prejudicada por uma variada gama de fatores. Um deles é a pouca quantidade de audiências, relacionada com a dificuldade de realizar eventos deste porte:

A baixa freqüência na realização das audiências públicas deve-se ao fato de que a agência está sobrecarregada, em termos de trabalho. A sociedade também não reclama muito com relação a essas audiências públicas, que eu acho que são importantes. É uma forma também de dar transparência aos atos da agência - mas somente àquilo que a agência sente que é mesmo importante, como a discussão sobre os Contratos de Concessão, portabilidade. Teve outra Audiência Pública que foi importante também, não sei se foi para discutir o índice setorial de telecomunicações, com o apoio do IBGE. Foi muito importante o apoio do IBGE. Todas as vezes que ela entende assim, ou por demanda ou de ofício, ela realiza as Audiências Públicas. Não com a intensidade que seria desejada, mas dentro das

181 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e regime jurídico**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005. É o caso, também, de LEHFLED, Lucas de Souza. **Controles das agências reguladoras**. São Paulo: Altas, 2007 (cap. 5); bem como AMARAL, Alexandra da Silva. **Princípios estruturantes das agências reguladoras e mecanismos de controle**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008 (cap. 3, p. 87-88).

182 Para uma análise deste tema, cf. PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

limitações. Porque nós tivemos nos últimos quatro anos forte restrição orçamentária, contingenciamento. Também isso custa dinheiro¹⁸³.

Quadro 20 – Comparação de meios de permeabilidade no processo decisório

	Instituto jurídico e institucional			
	Audiências públicas	Consultas públicas	Ouvidoria	Conselho Consultivo
Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)	Realiza.	Sim. Cf. art. 19, III, bem como art. 42 e art. 89, II, Lei n. 9.742, de 1997; art. 16, III, bem como art. 67, Decreto n. 2.338, 1997 (Regulamento).	Sim. Cf. art. 8º, §1º, bem como art. 45, Lei n. 9.742, de 1997.	Sim. Cf. art. 33 e seg., Lei n. 9.742, de 1997.
Agência Nacional do Petróleo (ANP)	Sim. Cf. art. 19, Lei n. 9.478, de 2007; art. 22, Decreto n. 2.455, 1998; e art. 38 e seg., Portaria n. 160, de 2004 (Regimento Interno)	Realiza	Não.	Não. Ao contrário, existe o Conselho Nacional de Política Energética
Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)	Sim. Cf. art. 4º, §3º, Lei n. 9.427, 1996.	Sim. Cf. art. 22 até art. 24, Resolução Normativa n. 273.	Sim. Todavia, é um diretor que acumula a função.	Não.
Agência Nacional do Cinema (ANCINE)	Não.	Sim. Previsão na Lei n. 9.784, de 1999.	Sim. Cf. §4º, art. 8º, Medida Provisória n. 2.228-1, de 2001.	Não. Ao contrário, existe um Conselho Nacional de Cinema, na Presidência da República. Cf. art. 3º, Medida Provisória n. 2.228-1, de 2001; e Decreto n. 4.858, de 2003)
Agência Nacional de Águas (ANA)	Sim. Cf. art. 27, Lei n. 11.182, de 27 set. 2005; art. 45, Decreto n. 5.731, de 2006; art. 131 do Regimento Interno.	Sim. Menção no único do art. 45, Decreto n. 5.731, de 2006; fixação pelo art. 131 do Regimento Interno.	Não	Não
Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)	Sim. Cf. art. 32 e art. 33, Decreto n. 3.327, de 2000 (Regulamento).	Sim. Cf. art. 10, Lei n. 9.961, de 2000; art. 35, Decreto n. 3.327, de 2000	Sim. Cf. art. 5º, da Lei n. 9.961, de 2000.	Sim. Câmara de Saúde Suplementar. Cf. §único do art. 5º, da Lei n. 9.961, de

183 ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 50.

	Instituto jurídico e institucional			
	Audiências públicas	Consultas públicas	Ouvidoria	Conselho Consultivo
		(Regulamento).		2000.
Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)	Sim. Cf. art. 32 e seg., Decreto n. 3.029, 1999 (Regulamento).	Sim. Cf. art. 35, Decreto n. 3.029, 1999 (Regulamento).	Sim. Cf. art. 9º, Lei n. 9.782, 1999.	Sim. Regimento Interno / Regulamento.
Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)	Sim. Cf. art. 27, Lei n. 11.182, 2005; art. 45 e seg., Decreto n. 5.731, 2006 (Regulamento).	Realiza, Cf. §único, art. 35, Decreto n. 5.731, 2006 (Regulamento).	Sim. Cf. art. 9º, e art. 18, Lei n. 11.182, 2005.	Sim. Cf. art. 20, Lei n. 11.182, 2005. Todavia, deverá observar as decisões do Cons. Nac. de Aviação Civil. Cf. art. 30, Lei n. 11.182, 2005.
Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)	Sim. Cf. art. 68, Lei n. 10.233, de 2001; art. 30, Decreto n. 4.122, de 2002 (Regulamento).	Sim. Cf. art. 34, §1º, Lei n. 10.233, de 2001.	Sim. Cf. art. 52, Lei n. 10.233, de 2001.	Existe ainda o Conselho Nacional de Políticas de Transporte.
Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)	Sim. Cf. art. 68, Lei n. 10.233, de 2001; art. 32, Decreto n. 4.130, de 2002 (Regulamento).			

Todas as agências reguladoras federais possuem meios eletrônicos de divulgação das suas decisões na Internet. Isso não quer dizer que o processo decisório seja necessariamente aberto e acessível. Na ANATEL, por exemplo, diferentemente do que ocorre em outras entidades administrativas ou em órgãos estatais¹⁸⁴, a reunião do Conselho Diretor é fechada. Apenas a ata final é divulgada:

As reuniões do conselho não são abertas, mas há um projeto de lei propondo a participação em qualquer reunião do conselho como é feito no CADE. Não é permitido assistir às reuniões do conselho, somente após regulamentação¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Vale citar que o Supremo Tribunal Federal chega ao limite de televisionar, sem cortes, as reuniões do Plenário. Este elemento é citado como relevante dentro do contexto de afirmação do Tribunal como centro da política no Brasil, cf. VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremocracia. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008, p. 441-464. Claro que há artigos de opinião com críticas contundentes, cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio; HUBNER MENDES, Conrado. O STF e o populismo judicial: entre a transparência e o populismo judicial. Folha de São Paulo, 11 maio 2009, p. A-3.

¹⁸⁵ ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 62.

Um elemento para aferição dessa abertura potencial está contido nos mecanismos processuais das consultas e audiências públicas. É necessário indicar, preliminarmente, que algumas agências não possuem o mecanismo de consultas e audiências públicas nas suas leis de instituição. Todavia, o fato não é preocupante porque a Lei Federal do Processo Administrativo, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro 1999, prevê estes instrumentos para toda a Administração Pública da União. É razoável considerar que este sistema tem um impacto decisivo na prática dos entes reguladores, se utilizado com frequência e responsabilidade. Tal sistema permite que os interessados se manifestem e apresentem visões diferentes sobre o processo de deliberação que está na pauta. O que difere as duas opiniões coletadas é a perspectiva imprimida na sua visão abstrata sobre os potenciais participantes. O advogado privado vê as consultas como espaços para que os regulados possam influir no processo, ao passo em que o servidor da agência posiciona um discurso em produção da participação da sociedade:

Certamente, a visão dos interessados é bem diferente daquela do Conselho Consultivo. Porque a pessoa que vai comentar a consulta pública é a pessoa interessada. Ela vive daquilo. Aquele é o trabalho dela. Se a Anatel faz uma consulta que afeta o serviço móvel pessoal, as empresas de serviço móvel pessoal vão comentar. Elas têm uma participação extremamente ativa nesse assunto. Todas as pessoas têm essa oportunidade de criar os seus mecanismos de comentários e de participação na consulta pública. O sistema tem funcionado e tem ajudado. Quer dizer, os resultados das consultas públicas realmente têm sido muito interessantes. Eles ajudam a ANATEL a firmar sua idéia sobre aquele assunto¹⁸⁶.

A potencial abertura para a entrada de sugestões e manifestações diversas da sociedade civil é postulada pelo servidor:

Na Audiência Pública você busca também ouvir a sociedade presencial. As pessoas ali estão presentes e nós temos os termos e elas procuram dar a sua visão, para só depois então a agência, em face do que for ali colhido, estabelecer a sua visão sobre o regulamento. Como é que ela vai estruturar o regulamento. As audiências públicas surgem paralelamente à consulta pública. Tudo o que disser respeito aos agentes econômicos, os eventuais conflitos entre os agentes econômicos, impacto disso na relação com os assinantes, com as prestadoras. Tudo isso que a ANATEL coloca em Consulta Pública, seus regulamentos e normas, aquilo que é de destaque, que tem importância ou relevância jurídica ou econômica e que pode impactar na sociedade, as audiências ocorrem em paralelo em praças previamente escolhidas, Brasília, Rio, São Paulo, Recife, ou no Rio Grande do Sul, ou Belo Horizonte, e aí você busca aprimorar os regulamentos. As audiências públicas nada mais são que um veículo

¹⁸⁶ SÁVIO PINHEIRO, advogado, membro do Conselho Consultivo da ANATEL. Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 25.

para você ir ali presencialmente, muito embora o regulamento esteja em Consulta Pública. E a sociedade já conhecendo do texto da consulta pública, poder ter viva voz e oferecer as suas contribuições, questionar e criticar. Esse é o objetivo¹⁸⁷.

Será possível avançar, após ter sido realizada esta descrição sobre a construção institucional e doutrinária preliminar. O próximo tópico tratará de elucidar como o conceito de regulação foi sendo firmado e aclimatado na doutrina jurídica brasileira. Esta consideração é relevante para se compreender que tipo de direito será fixado por tais entidades e como existirão os conflitos que serão descritos a partir do próximo capítulo.

3.4 As propostas de reformulação das agências

Desde o início da primeira gestão do Presidente Lula, o governo federal tem debatido a necessidade de reformular o sistema das agências reguladoras. Um artigo publicado por Castro e Bueno, relacionava dez propostas para efetuar mudanças no sistema¹⁸⁸. A ampla abrangência deste rol de proposta permite que possamos incluir refutações e proposições convergentes que sobrevieram desde a publicação do trabalho destes pesquisadores. Os pontos eram:

- (1) Necessidade de uma lei geral sobre o regime jurídico das agências;
- (2) Expansão do controle legislativo das agências;
- (3) Melhorar a articulação entre órgãos de regulação, em especial com os organismos de defesa dos consumidores;
- (4) Efetivação do juízo técnico no processo de indicação dos dirigentes das agências, pelo aumento de intervenção qualificada do legislativo federal;
- (5) Maior pluralismo na composição dos quadros dirigentes das agências;
- (6) Incremento de transparência e participação popular, com apoio efetivo para que isto ocorra;

187 ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 48.

188 CASTRO, Nivalde; BUENO, Daniel. As agências reguladoras no Brasil: Propostas para novo modelo. Rio de Janeiro, Boletim IFE, n. 1.154, jul. 2003.

- (7) a Descentralização territorial, por meio de convênios e implantação de regionais;
- (8) Melhorar a relação entre as agências e os consumidores, incluindo-os como parte do processo regulatório, bem como formalizando uma lei de proteção aos usuários, como a existente no Estado de São Paulo;
- (9) A Explicitação das fronteiras entre políticas, ou seja, entre as competências dos Ministérios, agências e Poder Legislativo; e
- (10) a Imprescindibilidade de se garantir meios e recursos para o funcionamento das agências.

Deste modo, após a posse do então presidente Luís Inácio Lula da Silva, em 2003, um clima de dúvida em relação ao modelo das agências reguladoras foi levantado. Naquele ano, um dos Senadores da bancada da oposição propôs uma alteração no texto constitucional para dotar as agências federais de mais um argumento em prol da sua esfera de autonomia: a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n° 81/2003. No ano seguinte, a Casa Civil da Presidência da República encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) n° 3.337/2004, com a intenção de consolidar um marco legal geral para as agências reguladoras. A primeira medida legislativa não levantou um alto grau de polêmica. Entretanto, a segunda proposta foi objeto de diversas críticas por meio de trabalhos acadêmicos, bem como de propostas alternativas. O livro de Floriano P. de A. Marques Neto é fruto de uma proposta alternativa, encomendada pela Associação Brasileira de Agências Reguladoras (ABAR), que reúne entes congêneres das esferas federal, estaduais e municipais¹⁸⁹. Como bem indicado por um dos entrevistados, o primeiro governo Lula foi marcado pela tentativa de lidar com a questão das agências. Esse fato gerou um interessante momento de propostas legislativas em relação ao modelo:

Uma coisa interessante é que há várias iniciativas muito interessantes no Congresso Nacional, principalmente agora. Em razão de certo descrédito que as agências tiveram nesse governo, houve uma atuação legislativa maior. Nós estamos hoje com, no mínimo, oito propostas de Emendas constitucionais que mexem com as agências reguladoras. Por exemplo, nós temos uma do [Deputado Luiz Antonio] Fleury [Filho] (PTB-SP) que atrela as agências reguladoras ao Legislativo. Temos uma proposta do [Senador] Tasso Jereissati (PSDB-CE) que faz com que todas as

189 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

agências sejam constitucionalizadas, ou seja, todas tenham previsão constitucional. Tem outra proposta do [Senador] José Jorge (DEM-PE) na qual, se os dirigentes não forem nomeados em até noventa dias, o Congresso Nacional pode nomeá-los à revelia do Poder Executivo. Tem outra proposta de um senador do qual não me lembro o nome agora. Ela cria a figura do conselheiro representante do usuário. Nós temos uma série de manifestações, seja como PEC [Proposta de Emenda Constitucional], seja como projeto de lei, mexendo diretamente sobre regulação. Você percebe que há um descontentamento na forma como está normatizada a estrutura da agência reguladora. Não é só a proposta do governo, que é um projeto de lei. Há também várias manifestações independentes; algumas delas, ampliando o poder das agências, outras, reduzindo o seu poder¹⁹⁰.

Assim, fica claro que o tema era efervescente e ocupava um espaço relevante na pauta política do país. Diferentemente do que poderia ser lido, por exemplo, pelo noticiário da imprensa, não era uma simples pauta de ataque ao modelo por parte do novo governo:

Eu acho que todo mundo tem uma visão clara do desprestígio das agências. Eu não sei se isso é um desprestígio proposital, por razões políticas. Ou se é, digamos, uma posição de governo que entende que as agências devem ser controladas pelo governo e não um projeto de Estado. Essa é a grande dúvida. É um grande problema mesmo! Como a proposta da Lei para as agências. Se fosse uma posição de governo, no sentido duro, o novo marco legal para as agências teria tido sucesso. Ele já teria sido aprovado pelo Congresso. Logo, ele já teria enquadrado todo o mundo. Mas eles não sabem bem o que querem! Eles estão perdidos. Eles não sabem se isso é eficaz. Em minha opinião isso está reverberando em ineficácia, inclusive na parte de fiscalização, por parte da Anatel. Mas, por outro lado, há a demonstração de... digamos que o governo está pensando o tema¹⁹¹.

Portanto, o certo é que havia uma inquietação com o modelo das agências reguladoras, que demandava reflexão. Para elucidar a questão e o estado atual do problema, é importante analisar duas das várias propostas legislativas que foram protocolados no Congresso Nacional, durante os dois mandatos do ex-presidente Lula. A primeira consistia num projeto de Emenda à Constituição e tem origem na oposição. A segunda iniciativa derivou de um grupo de trabalho, formado no âmbito da Casa Civil da Presidência da República.

190 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 159.

191 ALEXANDRE JOBIM, advogado do setor e membro do Conselho Consultivo da ANATEL, entrevista, Brasília, 18 out. 2006. Ficha 100.

3.4.1 A Proposta de Emenda à Constituição nº 81/2003 (Sen. Tasso Jereissati)

Foi aprovado o parecer final para encaminhamento à votação no Plenário do Senado Federal da PEC nº 81/2003¹⁹², que visa incluir um dispositivo sobre as agências reguladoras no capítulo constitucional da Ordem Econômica. Este dispositivo resolveria diversos debates sobre a relevância constitucional destas entidades, sem contar que auxiliaria o debate simbólico sobre sua importância. Como mencionado anteriormente, existem autores – dentre os quais Maria Sylvia Zanella Di Pietro – que atribuem uma relevância maior à ANATEL e à ANP somente pelo fato de existir a previsão de um “órgão regulador” na Constituição¹⁹³. Esta autora até aceita a minoração da sua tese de que as agências, em geral, não deveriam possuir ampla competência normativa, em relação às duas agências pretensamente previstas do ponto de vista constitucional. Certamente, a previsão constitucional de um modelo geral de agência reguladora facilitaria a tese de que elas possuem um poder normativo, por exemplo.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO nº 81, DE 2003: acrescenta o art. 175-A à Constituição Federal para fixar os princípios da atividade regulatória.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do §3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O Capítulo I do Título VII da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte art. 175-A:

Art. 175-A. As agências reguladoras, entidades sujeitas ao regime autárquico especial, destinadas ao exercício de atividades de regulação e fiscalização, inclusive aplicação de sanções, com vistas ao funcionamento adequado dos mercados e da exploração e prestação dos serviços e bens públicos em regime de autorização, concessão ou permissão, harmonizando interesses de consumidores, do poder público, empresas e demais entidades legalmente constituídas, observarão, em sua constituição e funcionamento, os seguintes princípios:

- I – proteção do interesse público;
- II – defesa da concorrência e do direito do consumidor;
- III – promoção da livre iniciativa;
- IV – prestação de contas;
- V – universalização, continuidade e qualidade dos serviços;
- VI – impessoalidade, transparência e publicidade;
- VII – autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira;
- VIII – decisão colegiada;
- IX – investidura a termo dos dirigentes e estabilidade durante os mandatos;
- X – notória capacidade técnica e reputação ilibada para exercício das funções de direção;
- XI – estabilidade e previsibilidade das regras;
- XII – vinculação aos atos normativos e a contratos.

¹⁹² Diário do Senado Federal, 23 ago. 2007, p. 28.328-28.327.

¹⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas.

Parágrafo único. Lei regulamentará o disposto neste artigo, inclusive quanto ao controle externo e supervisão das agências reguladoras pelo Poder Executivo. (NR)
Art. 2º Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.

Este projeto acaba tendo o caráter de fixar princípios e diretrizes gerais para o modelo. O “caput” contém um dado muito relevante que termina com um dilema, ou seja, com a previsão de que as agências têm um regime autárquico especial. Talvez fosse razoável corrigir os dois dispositivos existentes na Constituição, que tratam de órgãos reguladores, como mencionado, lá também incluindo a menção “autarquia de regime especial”. Uma crítica pode ser realizada, já que algumas diretrizes do projeto são redundantes em relação aos princípios gerais da ordem econômica, tais como os indicados nos incisos II (defesa da concorrência e do direito do consumidor) e no inciso III (promoção da livre iniciativa). Ainda, outros são redundantes em relação ao capítulo da Administração Pública, em especial o inciso I (proteção do interesse público) e VI (impessoalidade, transparência e publicidade), que possuem previsão do “caput” do art. 37, do texto constitucional.

3.4.2 O Projeto de Lei nº 3.337/2004

Este projeto de lei tem um conteúdo bem mais complexo do que a mencionada proposta de emenda constitucional. O parágrafo único do novo dispositivo proposto por meio da PEC, inclusive, propõe a aprovação de uma lei geral para as agências reguladoras. Todavia, o delineamento deste modelo geral está longe de ser consensual como pode ser depreendido dos textos acadêmicos que foram produzidos contra a proposta inicial^{194 195}. Podemos seguir o próprio projeto de lei para traçar alguns comentários pontuais.

194 VERÍSSIMO, Marcos Paulo; FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal; OLIVA, Rafael Augusto. Comentários ao anteprojeto de lei sobre agências reguladoras. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 6, p. 27-42, 2004; MATTOS, César; MUELLER, Bernardo. Regulando o regulador: a proposta do governo e a ANATEL. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, Instituto de Economia, UFRJ, v. 10, n. 3, p. 517-546, set./dez. 2006; e MATTOS, César. **Apresentação e análise dos pontos positivos e negativos do projeto de lei 3337/04, que normatiza a ação das agências reguladoras**. Estudo, Câmara dos Deputados, set. 2004.

195 Numa perspectiva crítica, cf. GRAU, Eros Roberto. Nota sobre o anteprojeto de lei atinente às agências. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 04. Belo Horizonte: Editora Fórum; também, cf. SANTOS, Luiz Alberto. Por que regular. *Teoria e Debate*, n. 55, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, set./nov. 2003.

3.4.2.1 A definição do alcance da lei, pelo projeto (artigos 1º e 2º)

Nos dois primeiros artigos há a introdução do escopo de alteração legislativa ao qual o PL ficará restrito, bem como uma listagem restrita das entidades administrativas que serão delimitadas como agências. Elas ficam restritas às entidades federais já existentes, ou seja, que foram instituídas desde 1997, a partir de várias leis específicas (ANATEL, ANP, ANEEL, ANS, ANVISA, ANA, ANTT, ANTAQ e ANCINE), com exceção da ANAC. Outras instituições estatais que possuem função reguladora – em sentido geral, porém, não em sentido amplo, como mencionado em nota anterior – ficariam à margem do novo marco legal.

Ora, se o argumento se cinge à possibilidade apenas de incluir entidades administrativas pré-existentes, é curiosa a exclusão da Agência Nacional de Aviação Civil. Tal ausência seria incongruente e deve ser modificada. Ademais, este argumento de exclusão é pouco razoável porque um marco legal deste gênero precisa possuir a pretensão de fixar uma norma ampla e geral. Todavia, o ideal seria que existisse a previsão de que o marco jurídico desta lei pudesse ser estendido a outras entidades pré-existentes, por meio de alteração em sua lei de instituição. Tal extensão somente poderia ocorrer, portanto, em sintonia com o disposto no art. 37, inciso XIX, da Constituição, que prevê que entidades administrativas deste gênero devem ser criadas por lei. Seria relevante que houvesse a previsão específica de que futuras agências reguladoras deveriam ficar adstritas a este modelo geral.

3.4.2.2 A fixação de um sistema decisório geral para as agências (artigo 3º)

Ele visa uniformizar o sistema decisório das agências no sentido de que todas tenham dois mecanismos de decisão. O primeiro e preferido é aquele meio de decisão definido aos órgãos colegiados, indicado no §1º, art. 3º, do projeto de lei. O segundo é criado pela

Disponível: http://www.fundacaoperseuabramo.org.br/td/td55/td55_nacional3.htm. Do mesmo autor: SANTOS, Luiz Alberto. Regulando a regulação: a nova legislação das agências reguladoras federais no Brasil. IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, 02-05 nov. 2004. Disponível: <http://www.clad.org.ve/boletin/boletin124.html>

possibilidade de que o colegiado estabeleça competências decisórias para diretorias ou para conselheiros específicos:

Art. 3o O processo de decisão das Agências Reguladoras, atinente à regulação setorial, terá caráter colegiado.

§1o As Diretorias Colegiadas ou Conselhos Diretores das Agências Reguladoras deliberarão por maioria absoluta dos votos de seus membros, dentre eles o diretor-presidente, diretor-geral ou presidente que, na sua ausência, deverá ser representado por seu substituto, definido em regimento próprio.

§2o Dos atos praticados no âmbito da Agência Reguladora caberá recurso à Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor, desde que interposto por parte interessada ou por, pelo menos, dois membros da Diretoria.

§3o É facultado à Agência Reguladora adotar processo de decisão monocrática, em cada uma de suas diretorias, assegurado à Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor o direito de reexame das decisões monocráticas, na forma do §2o.

Na opinião de Mattos & Mueller¹⁹⁶, isto não seria positivo, mesmo que houvesse a possibilidade estrita de reexame. O argumento central é que as decisões regulatórias devem ser sempre colegiadas. Aliás, vale frisar que a maior parte das agências norte-americanas sempre foi criada com base nesta lógica¹⁹⁷. Vale a pena visualizar que a proposta de modelo geral do sistema decisório proposto para as diversas agências encontra amparo nas leis de criação atualmente em vigor. Assim sendo, não há inovação de acordo com o que indica Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Correa¹⁹⁸, bem como pode ser verificado no quadro abaixo.

Quadro 21 – Órgãos dirigentes das atuais agências reguladoras federais

<p>Agência Nac. de Telecom. (ANATEL) (Lei n. 9.472/1997).</p>	<p>Art. 20. O Conselho Diretor será composto por cinco conselheiros e decidirá por maioria absoluta. Parágrafo único. Cada conselheiro votará com independência, fundamentando seu voto.</p>
<p>Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) (Lei n° 9.478/1997 e</p>	<p>Art. 11. A ANP será dirigida, em regime de colegiado, por uma Diretoria composta de um diretor-geral e quatro diretores. (Decreto, ANEXO) Art. 7º À Diretoria da ANP, em regime de colegiado, são</p>

196 MATTOS, César; MUELLER, Bernardo. Regulando o regulador: a proposta do governo e a ANATEL. Revista de Economia Contemporânea, Rio de Janeiro, Instituto de Economia, UFRJ, v. 10, n. 3, p. 517-546, set./dez. 2006.

197 Para tanto, cf. SCHUCK, Peter. **Foundations of Administrative Law**. New York, NY: Foundation Press, 2003.

198 PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CORREA, Paulo. Delegação de funções para agências reguladoras independentes: mudanças propostas pelo Projeto de Lei n° 3.337/2004. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 201-223, cit. p. 213-214.

Decreto n ° 2.455/1998).	atribuídas as responsabilidades de analisar, discutir e decidir, em instância administrativa final, sobre matérias de competência da autarquia, bem como sobre: [...] §1º A Diretoria reunir-se-á com a presença de, pelo menos, três diretores, dentre eles o diretor-geral ou seu substituto legal, e deliberará com o mínimo de três votos convergentes. [...]. §3º A Diretoria poderá delegar a cada Diretor competências para deliberar sobre assuntos relacionados com as Superintendências de Processos Organizacionais.
---------------------------------	---

Quadro 22 – Órgãos dirigentes das atuais agências reguladoras federais

<p>Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) (Lei n.º 9.427/1996 e Decreto n. 2.335/1997).</p>	<p>Art. 4º A ANEEL será dirigida por um diretor-geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia. (Decreto, ANEXO) Art. 8º À Diretoria da ANEEL, constituída por um diretor-geral e quatro diretores, compete, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir, em instância administrativa final, as matérias de competência da autarquia, bem como: [...] §3º A Diretoria reunir-se-á com a presença de, pelo menos, três diretores, dentre eles o diretor-geral ou seu substituto legal, e deliberará com, no mínimo, três votos favoráveis. §4º A Diretoria poderá delegar a cada Diretor competência para deliberar sobre assuntos relacionados às Superintendências de Processos Organizacionais.</p>
<p>Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (Lei n.º 9.782/1999, de acordo com a Medida Provisória n.º 2.1910-34, de 2001).</p>	<p>Art. 10. A gerência e a administração da agência serão exercidas por uma Diretoria Colegiada, composta por até cinco membros, sendo um deles o seu diretor-presidente. Art. 15. Compete à Diretoria Colegiada: [...] §1º A Diretoria reunir-se-á com a presença de, pelo menos, três diretores, dentre eles o diretor-presidente ou seu substituto legal, e deliberará por maioria simples. §2º Dos atos praticados pela agência caberá recurso à Diretoria Colegiada, com efeito suspensivo, como última instância administrativa.</p>
<p>Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) (Lei n.º 9.961, de acordo com a MP n.º 2.177-44, de 2001).</p>	<p>Art. 6º A gestão da ANS será exercida pela Diretoria Colegiada, composta por até cinco diretores, sendo um deles o seu diretor-presidente. Art. 10. Compete à Diretoria Colegiada: [...] §1º A Diretoria reunir-se-á com a presença de, pelo menos, três diretores, dentre eles o diretor-presidente ou seu substituto legal, e deliberará com, no mínimo, três votos coincidentes. §2º Dos atos praticados pelos diretores caberá recurso à Diretoria Colegiada como última instância administrativa. §3º O recurso a que se refere o § 2º terá efeito suspensivo, salvo quando a matéria que lhe constituir o objeto envolver risco à saúde dos consumidores.</p>
<p>Agência Nacional de Águas (ANA) (Lei n.º 9.984/2000).</p>	<p>Art. 9º A ANA será dirigida por uma Diretoria Colegiada, composta por cinco membros, nomeados pelo Presidente da República, com mandatos não-coincidentes de quatro anos, admitida uma única recondução consecutiva, e contará com uma Procuradoria. Art. 12. Compete à Diretoria Colegiada: [...] §1º A Diretoria deliberará por maioria simples de votos, e se reunirá com a presença de, pelo menos, três diretores, entre eles o diretor-presidente ou seu substituto legal. §2º As decisões relacionadas com as competências institucionais da ANA, previstas no art. 3º, serão tomadas de forma colegiada.</p>
<p>Agências Nac. de Transp. Aquaviários (ANTAQ) e de Transp. Terrestres (ANTT) (Lei n.º 10.233/2001).</p>	<p>Art. 53. A Diretoria da ANTT será composta por um diretor-geral e quatro diretores e a Diretoria da ANTAQ será composta por um diretor-geral e dois diretores. Art. 67. As decisões das Diretorias serão tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros, cabendo ao diretor-geral o voto de qualidade, e serão registradas em atas que ficarão disponíveis para conhecimento geral, juntamente com os documentos que as instruem.</p>
<p>Agência Nacional do Cinema (ANCINE) (MP n.º 2.228-1)</p>	<p>Art. 8º A ANCINE será dirigida em regime de colegiado por uma diretoria composta de um diretor-presidente e três diretores, com mandatos não coincidentes de quatro anos. Art. 9º [...] Parágrafo único. A Diretoria Colegiada reunir-se-á com a presença de, pelo menos, três diretores, dentre eles o diretor-presidente, e deliberará por maioria simples de votos.</p>
<p>Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) (Lei n.º 11.182)</p>	<p>Art. 9º A ANAC terá como órgão de deliberação máxima a Diretoria, contando, também, com uma Procuradoria, uma Corregedoria, um Conselho Consultivo e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas. Art. 10. A Diretoria atuará em regime de colegiado e será composta por 1 (um) diretor-presidente e 4 (quatro) diretores, que decidirão por maioria absoluta, cabendo ao diretor-presidente, além do voto ordinário, o voto de qualidade.</p>

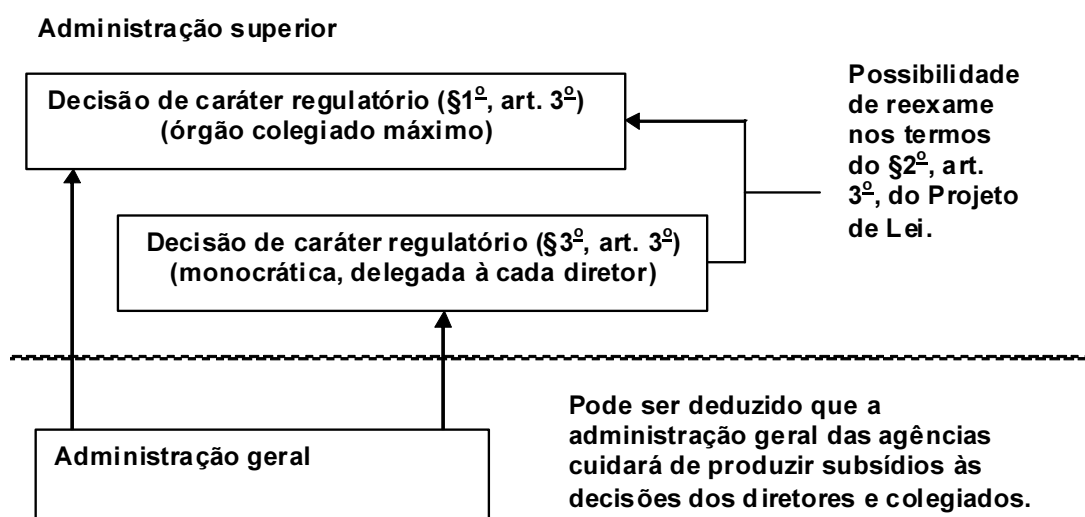
Fica evidente que a lógica decisória das agências reguladoras, tal como reiterado na prática institucional brasileira, apesar de recente, já prestigia a colegialidade. Ademais, o

critério da proteção à especialidade decisória também é protegido, na seara federal, pela lei do processo administrativo federal. Afinal, todos os atos e processos administrativos federais devem observar necessariamente tal diploma legal. No caso da delegação de competências originárias, a Lei nº 9.784/1999 lista algumas vedações:

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:
 I – a edição de atos de caráter normativo;
 II – a decisão de recursos administrativos;
 III – as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Assim, o sistema geral relacionado aos meios decisórios, tal como fixado no art. 3º, desse projeto de lei, fica claro na figura abaixo:

Figura 11 – Sistema geral de processos decisórios



Fonte: Formulação própria.

Apesar da complexidade aparente, a proposta não é muito inovadora, tendo em vista que os seus elementos principais já estão assentados na legislação vigente. Porém, vale reiterar que a questão central dos conflitos não tem relação ao modo decisório e sem com a possibilidade de que haja revisão das decisões colegiadas por parte de outra autoridade. Assim, o cerne do problema se relaciona com a possibilidade de revisão hierárquica das decisões dos colegiados máximos das agências, bem como a partição de competências entre elas e os ministérios. A tônica deste problema pode ser vista a partir da opinião de um entrevistado, que julgava negativa a interveniência do ministério em relação à ANATEL, no

que dizia respeito ao conflito sobre o índice de reajustes dos serviços de telefonia fixa comutada, outorgados mediante concessão, quando da privatização:

Foi, mas esse aí [índice setorial para reajuste das tarifas, derivado da disputa do IGP-DI, que envolveu o então Ministro Miro Teixeira] é um dos poucos itens que talvez você possa dizer: “não, isso é política de serviço”. Quer dizer, o Executivo pode e deve estabelecer uma política que a ANATEL tem que seguir. É diferente de dizer: “ah, dia tal mudou o índice de reajuste”. Isso não é definir política geral, entendeu? Isso é um dos disfarces da intervenção do Governo sobre o Estado, ou seja, do Executivo sobre uma agência reguladora. Eles [o Governo] estão querendo dizer: “isso daqui é política de telecomunicações; agora vai e faz conforme isso”. Só que a ANATEL agora disse: “não; isso não é política geral, não; você [Governo e Ministério] está escrevendo o regulamento para mim, sou eu quem tem que o escrever!”. Agora, o correto seria o Governo dizer: “olha, a minha política é que o índice deva ser um índice atrelado a insumos ligados aos serviços”. Eu acho que isso é definir política geral. E aí seria fácil. Mas, outras, não. Muitas outras vezes são disfarces para a pura e simples intervenção. E está acabando o estoque de pessoas capazes de enfrentar isso. Está acabando, na ANATEL e em outras agências. Elas estão se politizando! Então, você tem diretores e conselheiros agora que são politizados. Eles não estão preocupados com o bem do geral, do país. Eles estão olhando em primeiro lugar a conveniência política partidária¹⁹⁹.

Este conflito, havido no início do primeiro governo Lula, deu origem a formação de um índice de preços específico para os serviços de telefonia fixa, denominado “índice de serviços de telecomunicações”, que substituiu o índice geral de preços, desempenho industrial, calculado pela FGV. A proposta das entidades de defesa do consumidor, bem como do Ministro das Comunicações, na época, era que o IGP-DI fosse substituído pelo IGP-M, uma cesta mais geral, relacionada com o consumo de mercado. Apesar do Ministério não ter se imposto diretamente, surgiram argumentos jurídicos a favor da possível interveniência direta no processo decisório. Estes argumentos foram consolidados normativamente em um parecer da Advocacia-Geral da União²⁰⁰:

PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES.

199 SÁVIO PINHEIRO, advogado, membro do Conselho Consultivo da ANATEL. Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 30.

200 BRASIL: AGU. Parecer AC-51, de 12 jun. 2006, aprovado pelo Presidente da República, 13 jun. 2006, produzido Marcelo Siqueira de Freitas, 23 maio, 2006, publicado Diário Oficial da União, ano 143, n.º 115, seção 1, p. 01-11.

I – O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal- (DL nº 200/67, art. 170).

II – Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.

III – Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.

IV – No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT nº 244/2005.

V – A coordenação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da administração indireta quando referentes às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória.

VI – Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União.

VII – As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras.

VIII – As agências reguladoras devem adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que não integre a carreira de procurador federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP nº 2.229-43/2001.

Note-se que o parecer possui caráter vinculante a toda administração pública federal, incluindo as próprias agências reguladoras. Tal documento não teve maiores consequências, já que não ocorreu uma explosão de recursos hierárquicos contra decisões de órgãos dirigentes das agências federais. Todavia, consolidou uma posição jurídica acerca da possibilidade de insurgência. Isso já bastou para deixar em estado de alerta parte dos juristas que se dedicam ao tema²⁰¹.

201 Para se ter a dimensão do parecer, Gustavo Binenbojm, inclui uma nota crítica na segunda edição de sua tese de doutorado: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Essa peculiaridade foi identificada a partir de: CAMPOS VELHO, Rafael Rott. O poder normativo das agências reguladoras: democracia e direitos fundamentais. *Revista de Direito, Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Maria*, v. 4, n. 2. Disponível: <http://www.ufsm.br/revistadireito>.

3.4.2.3 Participação formal nos processos decisórios (artigo 4º ao artigo 7º)

O projeto de lei propõe a instituição de processos formais de consulta e audiência pública, além de prever a possibilidade de criação de outras modalidades de participação que sejam convenientes. Para não alongar a exposição, mostra-se necessário evitar a longa transcrição dos dispositivos. Eles reiteram a possibilidade de realização de audiência, bem como a obrigatoriedade na realização de consultas. Um dos entrevistados, sobre o tema da participação social, mencionou;

Cada ação da agência tem que ser justificada. Para cada ação relevante, tem que haver uma consulta pública. Só que quando você fala em consulta pública... vai se consultar a população sobre a aplicação dos três gigahertz ou sobre a liberação de uma faixa de frequência? O que a população entende disso? Nada. Então, como você irá fazer uma consulta pública para discutir um assunto técnico como esse? A mesma coisa com relação ao aumento de tarifa. Eu posso colocar na legislação que o aumento dos preços das tarifas serão mediante a uma consulta pública e audiência pública junto a população. O usuário vai sempre querer o mais baixo possível. Para mim não importa estudos de viabilidade econômica. Não adianta simplesmente abrir a consulta pública. A população não vai ter mecanismos para isso. Uma solução é a população ser representada por associações. Só que mesmo assim essas associações não têm técnicos com o mesmo poder de fogo que o operador tem para apresentar seus dados. Nem para contestar esses dados. Há assimetria de informação. Uma coisa interessante acontece nos Estados Unidos no próprio orçamento existe uma verba destinada para que as associações representantes de usuários e consumidores possam contratar seus técnicos e estudos para confrontar com os estudos que são apresentados pela indústria. Eu acredito que esta forma seja até mais inteligente do que colocar um diretor como representante da sociedade. É muito mais fácil esse diretor como representante da sociedade ser capturado pelos outros do que se você tivesse um mecanismo de participação em que você iria dar instrumentos para que a sociedade pudesse realmente contestar²⁰².

De fato, um dos maiores problemas diz respeito ao modo de incluir a opinião da população em geral, no que diz respeito aos assuntos complexos que são debatidos em setores regulados, como na área de telecomunicações.

O mesmo tipo de problema aparece em outros países. As privatizações e a desregulamentação de mercados privados atingiram diversos quadrantes do mundo. Para que as agências reguladoras possam defender os interesses dos consumidores, elas precisariam de independência para efetivar plenamente sua capacidade de regulação, de acordo com um

202 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 149.

estudo realizado a pedido do Banco Mundial²⁰³. Tal como um magistrado precisa de independência para realizar um julgamento, em termos abstratos, tal juízo parece bastante razoável, quando transposto para organismos reguladores. Entretanto, deve-se ter em conta que as agências são instituições ainda não aclimatadas no brasileiro. Este é um processo em curso. De tal forma, a consolidação de tal entendimento vai requerer tempo e reiteração de muitas disputas judiciais e, também, políticas. A defesa dos interesses dos consumidores pode ser prejudicada pela falta de independência para que uma agência possa contrariar os interesses econômicos, em princípio. Mas a independência – sem a possibilidade de controle democrático – pode facilitar exatamente o contrário, ou seja, a minoração ou até a ausência de defesa dos consumidores. Obviamente, existem ponderações intermediárias e tensões. O grande problema científico é mensurá-las em uma escala clara.

A evidência da interferência do Poder Judiciário na relação jurídica que deveria estar baseada nas agências demonstra que há déficit de proteção substantiva. Por mais que haja um forte discurso de proteção por parte dos órgãos reguladores. No mesmo estudo é organizado um modelo de três tipos de representação dos interesses dos consumidores nos órgãos reguladores. O primeiro é um sistema de defesa do consumidor internalizado (“in-house consumer affairs bureau”). O segundo é a representação no âmbito do colegiado dirigente superior (“board representation”). Por fim, o terceiro é a participação em um colegiado consultivo externo (“external advisory board”). As características e exemplos do modelo, retiradas do texto da autora²⁰⁴, podem ser compreendidos no quadro abaixo.

203 MUZZINI, Elisa. **Consumer participation in infrastructure regulation: evidence from the East Asia and Pacific region**. Washington, DC: World Bank, 2005.

204 MUZZINI, Elisa. **Consumer participation in infrastructure regulation: evidence from the East Asia and Pacific region**. Washington, DC: World Bank, 2005, p. 10.

Quadro 23 – Meios de fortalecimento dos consumidores nos órgãos reguladores

	Argumentos favoráveis (“pro”)	Argumentos desfavoráveis (“contra”)
Sistema de defesa do consumidor internalizado	Acesso fácil à informação confiável sobre o processo regulatório. Sinergias entre a representação dos consumidores e as funções regulatórias; o sistema pode ser bem utilizado para solicitar informações dos consumidores, que podem ser usadas para informar a função de representação.	Alcance limitado de ação para desafiar decisões regulatórias por causa da falta de independência em relação à própria agência reguladora.
Representação no conselho dirigente	Poderoso canal de informação para grupos de consumidores (se não existem questões de confidencialidade). Troca bastante fluida das visões entre consumidores e reguladores; se as opiniões dos consumidores tornam-se parte integrante do processo de decisão e regulamentação.	Representação inadequada, se os representantes dos consumidores forem capturados por grupos com interesses específicos e/ou não sejam completamente representativos do segmento de consumidores realmente existente. Excessiva quantidade de conflitos de interesses no âmbito do conselho pode resultar em paralisação do processo regulatório.
Conselho consultivo externo	Capacidade de desafiar decisões regulatórias, em razão da independência que tal conselho pode ter em relação à reguladora.	Representação inadequada, se o conselho consultivo é capturado pelos grupos de consumidores mais influentes, a despeito do conjunto da sociedade.

É evidente que estes mecanismos são limitados. Em relação a temas de alta complexidade técnica, fica difícil estimular a participação qualificada da sociedade. Mesmo associações especializadas, que não acompanham o cotidiano do setor, terão óbices para intervir:

Há desconhecimento dos problemas afetos às telecomunicações. De quem é a culpa? Eu acredito que a culpa é da agência. Se você não sabe o que os servidores da agência estão fazendo, então, a culpa é minha. Nesse ponto está uma falha institucional que deveria ser alvo de um trabalho muito mais forte. Como você vai trabalhar disseminação da informação, quando o orçamento destinado à agência não permite isso? Nós temos verbas para divulgação. Mas ela é comprometida com diversas obrigações, tais a publicação de editais para todas as sessões, consultas públicas. Então, se construiu uma política de que há a presunção de existência do conhecimento público. A presunção legal. Saiu publicado no Diário Oficial, então todos conhecem! Essa presunção legal foi levada para o site da Anatel. De certa forma, a coisa é pior ainda porque é pequeno o número de pessoas que tem acesso à Internet no Brasil. Com interesse, especificamente, em telecomunicações é menor ainda. Retorna aquele velho problema da consulta pública. Eu coloco a proposta de regulamento em consulta pública na Internet... Quantas pessoas terão acesso? Desses cidadãos que têm acesso, quantos vão entender? Desses que entenderam o tema, quantos terão oportunidade de apresentar contribuições? O pior é no final. Enfim, quantas dessas contribuições serão realmente aceitas?²⁰⁵

Isso evidentemente tem feito com que as consultas sejam dominadas, na prática, pelas propostas que possuem forte embasamento técnico, como fica claro na opinião de um dos entrevistados:

Certamente, a visão dos interessados é bem diferente daquela do Conselho Consultivo. Porque a pessoa que vai comentar a consulta pública é a pessoa interessada. Ela vive daquilo. Aquele é o trabalho dela, entendeu? Se a Anatel faz uma consulta que afeta o serviço móvel pessoal, as empresas de serviço móvel pessoal vão comentar. Elas têm uma participação extremamente ativa nesse assunto, entendeu? Todas as pessoas têm essa oportunidade de criar os seus mecanismos de comentários e de participação na consulta pública. O sistema tem funcionado e tem ajudado. Quer dizer, os resultados das consultas públicas realmente têm sido muito interessantes. Eles ajudam a ANATEL a firmar sua idéia sobre aquele assunto²⁰⁶.

A Anatel possui um Conselho Consultivo, com representantes do Executivo, do Legislativo e de vários segmentos da sociedade (indústria, consumidores, etc.), de acordo com o §1º do art. 8º, bem como o art. 33 até o art. 37, da Lei nº 9.472, de 1997. Outras agências, como listado anteriormente, possuem mecanismos similares. Este Conselho não tem tido uma função plena no processo deliberativo regulatório por não possuir competência para se manifestar de forma a vincular a sua decisão. Mas ele tem realizado indicações e recomendações profícuas em relação aos processos existentes no órgão regulador. Pode ser concluído que a sua permeabilidade nos processos regulatórios não é visualizável, em termos deliberativos. Mas, ele possui o potencial de oxigenar o processo regulatório. Não é consenso, entretanto, que seja somente a inclusão de um representante objetivo dos consumidores que resolverá a questão:

O Deputado Fernando Ferro (PT-PE) fez uma PEC [Proposta de Emenda Constitucional] na qual ele sugeria que tivesse um diretor, ou um conselheiro, representando os usuários, com direito a voto. Na verdade ele estava alçando a figura do Ouvidor, prevista na Lei Geral de Telecomunicações, para a posição de Conselheiro, com direito a voto. Só que isso é uma solução muito relativa... Se você tiver uma consciência do que é a regulação e qual o papel dela, essa representação acontece quase que normalmente. Você não irá resolver o problema do consumidor colocando um Diretor. Em tese você teria um Diretor como representante do usuário e quatro representando a indústria. Isso é votação? Não muda em nada. A solução não é institucionalizar o usuário, pelo contrário²⁰⁷.

206 SÁVIO PINHEIRO, advogado, membro do Conselho Consultivo da ANATEL. Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 25.

207 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 148.

Fatalmente, existe uma evidente decalagem entre as expectativas dos consumidores e as regras que regulam o setor de telecomunicações.

3.4.2.4 Obrigação em relatórios (artigo 8º, art. 12, parágrafo único e art. 14, §2º)

Inicialmente, cabe frisar que o projeto de lei fixa três relatórios periódicos. O primeiro é um relatório de política setorial, anual, previsto no artigo 8º. O segundo é o relatório semestral de gestão e desempenho, indicado no art. 12, parágrafo único. Finalmente, há a instituição de um terceiro relatório, semestral, bem como eventual, de acordo com a necessidade, sobre a ouvidoria, estabelecido no art. 14, §2º, do texto. Uma nota relevante é que o sistema regulador norte-americano contemporâneo mistura os dois primeiros relatórios. Nele, as entidades reguladoras têm que indicar sua adesão geral às políticas setoriais. Mas também devem indicar o seu funcionamento gerencial. No projeto de lei, a opção foi separar dois momentos para a realização dos relatórios, com a definição de um relatório para a adesão às metas de gestão e desempenho (derivadas do contrato de gestão) e outro para as políticas setoriais:

Art. 8º As Agências Reguladoras deverão elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Parágrafo único. O relatório anual de atividades deverá ser encaminhado pela Agência Reguladora, por escrito, no prazo de até noventa dias após o encerramento do exercício, ao titular do Ministério a que estiver vinculada, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados e disponibilizado na sede, suas unidades descentralizadas e em seu sítio na Internet.

Uma nota prévia sobre o relatório da ouvidoria é necessário. O último tipo de relatório é aquele produzido pela ouvidoria. Este órgão, apesar de ser parte da agência, deve ter dela uma separação funcional clara, para manutenção de sua independência. O papel da ouvidoria e o debate que vem gerando foram enfatizados, tendo em vista que há uma multiplicidade de expectativas dirigidas em relação a um órgão que poderia resolver os problemas do setor, administrativamente:

Eu acho que o Estado deveria ter um órgão administrativo para resolver conflitos, sem que houvesse uma litigiosidade judicial. É muito complicado e tem casos que

não são resolúveis por meio de juizado judicial. Eu acho que a agência poderia servir como um órgão de fiscalização, como o exemplo que eu te dei da ouvidoria. Não que o Estado tivesse inicialmente essa obrigação. Porém, do pouco que eu conheço da agência, eles têm ojeriza a isso. Mas é uma confusão que eles mesmos fizeram. Eles estão lá dentro e confundiram isso. Estão no meio desses problemas internos da agência entre a ARU [Assessoria de Relação com os Usuários] e a Ouvidoria. Então, tinha uma época em que as duas coisas eram integradas. Agora, elas estão cada vez mais se diferenciando²⁰⁸.

Uma ressalva acerca do tema é que a tentativa de controlar a entidade reguladora pode criar um excesso de meios de interveniência que a venham tornar excessivamente tortuosa em suas decisões:

O que aconteceu na criação da Anatel? Houve uma confusão, na minha visão, na criação das agências. Houve uma confusão sobre qual deveria ser o papel real dessas agências. Muitos entendiam que as agências tinham o papel principal de defesa do consumidor, outros diziam que uma agência deveria tirar a interferência política do Estado. Pela última concepção, elas deveriam tratar dos assuntos com maior capacidade técnica na questão da infra-estrutura, de modo a dotar o país em melhores mecanismos. Na verdade, o que a gente percebe em regulação é que, às vezes, você regula para ampliar o mercado. Outras vezes, se regula para proteger o mercado. A regulação pode ser interesse dos atores do mercado. Ou, pode ser interesse da sociedade. Na verdade essa compreensão de regulação para nós, usuários, ainda não ficou muito bem definida. Em função disso foi se criando apêndices ao redor. Você criou, por exemplo, uma estrutura composta por: Conselho Consultivo, obrigatoriedade de consulta pública, Ouvidor... Ou, ou seja, se foi criando uma série de mecanismos paralelos no sentido de melhorar a visão de atuação em cima dos direitos dos usuários. Só que esses mecanismos, aos poucos, acabaram se tornando entraves à própria regulação como um todo²⁰⁹.

De fato, o discurso de servidores da agência é o de que deveria haver a preservação da ouvidoria como separada de proteção ao consumidor. Ainda, este discurso ecoa a intenção da agência de ser preservada da obrigação de prestar contas sobre uma multiplicidade de demandas aos sistemas de controle interno e externos da administração pública:

O projeto de lei das agências tem alguma coisa nesse sentido, sim. Só que ele tentou colocar em prática aquela frase dos Titãs: “tudo ao mesmo tempo agora”. Então, se é bom para o usuário bota aqui! Não foi feito um estudo mais criterioso disso. Na verdade colocaram-se muitos mecanismos de controle e não mecanismos de regulação. Voltará a ter a figura de um trabalhando e cinco fiscalizando. Em minha opinião, o projeto de lei está pecando por isso. É o que nós temos hoje, por exemplo, a agência presta contas para o Executivo, para o Legislativo, para o Tribunal de Contas da União, para o Ministério Público federal, para o Ministério Público

208 ALEXANDRE JOBIM advogado do setor e membro do Conselho Consultivo da ANATEL, entrevista, Brasília, 18 out. 2006. Ficha 110.

209 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 135.

estadual, para a Controladoria Geral da União, para as assembleias legislativas dos Estados, para as entidades da sociedade civil... Ufa! Ou seja, passamos muito mais tempo prestando conta. Essas ações deveriam ser mais coordenadas. Imagine que você passa seis meses preparando um trabalho para uma auditoria e para o tribunal de contas. Esse trabalho não é partilhado com outros mecanismos de controle. Cada um tem uma metodologia. A mesma coisa ocorre com relação ao Ministério Público. E isso não é compartilhado entre os órgãos. Se você tivesse uma forma de compartilhar, ganharia em tempo e haveria um resultado mais efetivo. Que cada um faça sua análise, mas dentro de uma coisa mais criteriosa. Até porque a agência não tem nem pessoal e nem recursos para responder a isso. Aliás, ficar respondendo a tudo isso tira o pessoal da ponta. O pessoal da fiscalização acaba saindo para atender essas demandas²¹⁰.

3.4.2.5 Contrato de gestão e desempenho (artigo 9º e ao art. 12)

Uma das propostas indicadas pelo Projeto de Lei nº 3.337/2004 é que haja a assinatura de um contrato de gestão, tal como previsto no texto constitucional (art. 37, §8º). O modelo geral das agências executivas era baseado neste tipo de instrumento, que não pode ser considerado contratual em sentido pleno porque não há como falar de negociação ou acordo de vontades. É um ajuste de metas, que facilitaria o planejamento e a fiscalização da execução das políticas públicas:

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.

[...]

§3º O contrato de gestão e de desempenho será o instrumento de acompanhamento da atuação administrativa da Agência Reguladora e da avaliação do seu desempenho e deverá ser juntado à prestação de contas da Agência Reguladora e do Ministério a que estiver vinculada, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, sendo sua inexistência considerada falta de natureza formal.

Um dado curioso é a grande quantidade de autoridades do Poder Executivo na fase de oitiva prévia à assinatura do contrato de gestão. O que causa um pouco de estranheza é a completa ausência do Poder Legislativo no rol de indicados prévios:

Art. 9º [...]

§1º O contrato de gestão e de desempenho será firmado no prazo máximo de cento e vinte dias após a nomeação do Diretor-Geral, Diretor-Presidente ou Presidente, ouvidos previamente os Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão.

§2º O contrato de gestão e de desempenho deverá ser submetido à apreciação, para fins de aprovação, do conselho de política setorial da respectiva área de atuação da Agência Reguladora ou a uma das Câmaras do Conselho de Governo, na forma do regulamento.

No entanto, há a menção de que o contrato de gestão e seus aditamentos serão encaminhados para registro e arquivo no Tribunal de Contas da União (TCU), órgão do assessoramento do Poder Legislativo federal. Assim, estes termos contratuais, devidamente, arquivados poderiam ser utilizados como fontes para, depois, subsidiar as auditorias operacionais:

Art. 9º [...]

§5º O contrato de gestão e de desempenho, bem como seus aditamentos, deverão ser publicados na imprensa oficial, pela Agência Reguladora, no prazo máximo de vinte dias, contados a partir de sua assinatura, condição indispensável para sua eficácia, sem prejuízo de sua ampla e permanente divulgação por meio eletrônico pelas respectivas Agências Reguladoras, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional.

Os objetivos do contrato de gestão foram indicados de forma bastante vaga no projeto de lei. Desta forma, não induzem a necessidade precípua de expandir a autonomia gerencial das entidades, que é característica clássica deste modelo atípico de contrato. Esta tem sido a função dos contratos de gestão, desde sua instituição junto ao Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais. O objetivo não era intervir nas empresas e sociedade de economia mista, mas, sim, garantir autonomia gerencial para que elas pudessem ter uma ação mais próxima à ação dinâmica do mercado no qual atuavam.

Art. 9º [...]

§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.

O projeto de lei fixa dois tipos de indicadores, ou seja, é possível visualizar a postulação por dois tipos de metas de gestão. As metas indicadas no inciso I teriam o caráter de expandir a transparência e o controle social das agências. Seria um modo de aumentar a permeabilidade social deste tipo de entidade administrativa, o que configura um real desafio.

Já as metas indicadas no inciso II serviriam para formar a base de verificação do cumprimento de ações em prol da realização de políticas públicas, tal como definidas em lei. Poderia se argumentar que este segundo rol de indicadores foge ao escopo do contrato de gestão, já que ele ficaria bem indicado como parte do relatório de política setorial, que está previsto no art. 8º, do projeto de lei. Se a idéia era separar as duas dimensões, não há sentido em confundi-las novamente, depois. Este ponto de vista não se confunde com o esposado por Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Correa, contrário à fixação de metas de gestão. Afinal, é possível haver indicadores de gestão que não tenham sentido interveniente no funcionamento substantivo de uma agência reguladora. Aliás, ao contrário a fixação de metas de gestão apenas auxiliaria o funcionamento da entidade administrativa. Outro argumento seria que metas claras e contínuas para fiscalização, acompanhadas da postulada autonomia financeira para viabilizá-las são indicadores típicos de um potencial contrato de desempenho operacional como é desenhado para uma agência reguladora (art. 10, I, do projeto de lei).

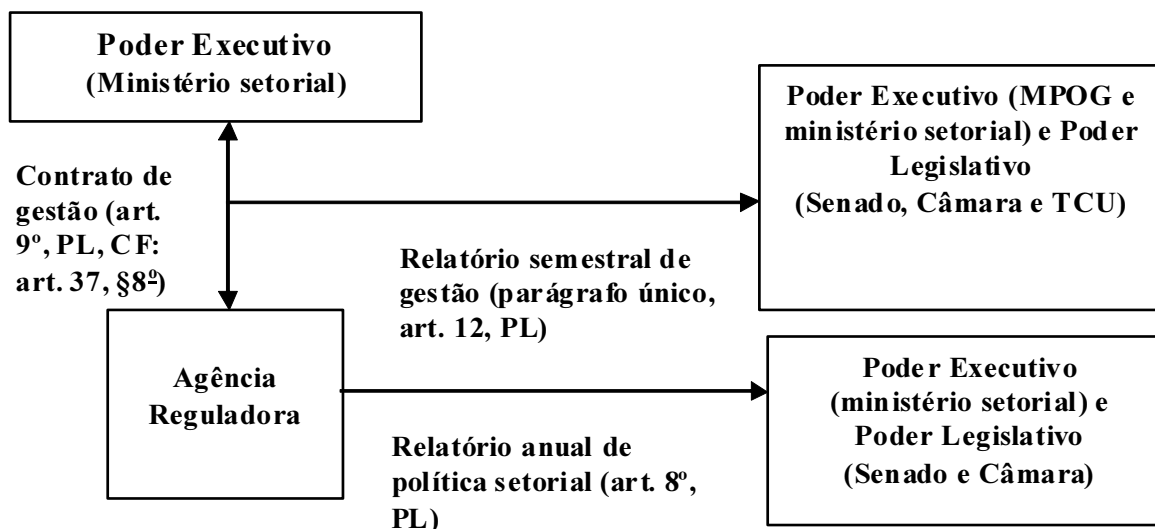
Qual a relação possível entre o contrato de gestão e a material ampliação da autonomia financeira? No modelo das agências executivas estava claro que o contrato de gestão estava relacionado à liberação de algumas poucas amarras relacionadas com o orçamento anual. Assim sendo, ele permitiria a formação de um planejamento plurianual sem sobressaltos por parte do gestor. A ampliação de tal lógica seria a liberação prévia de limites orçamentários arrecadados pelas próprias entidades, para garantir a execução de funções previamente estabelecidas e contínuas, tal como a fiscalização. O diagnóstico de Pereira Neto & Correa²¹¹, possui o mesmo sentido do relatório produzido pelo Grupo Interministerial sobre as agências reguladoras: não seria positivo pactuar metas de desempenho, em sentido estrito. O ideal seria possuir metas de transparência. Todavia, existe a possibilidade de fixar metas de desempenho (como a fiscalização), que seriam facilmente relacionadas com a necessidade de planejamento financeiro de longo prazo. Assim, tais metas poderiam ser transformadas em indicadores autônomos por meio de um contrato de gestão.

Da descrição acima feita, é possível depreender a complexidade dos termos de ajuste a serem fixados entre o centro da administração pública federal e as agências, tal como está

211 PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CORREA, Paulo. Delegação de funções para agências reguladoras independentes: mudanças propostas pelo Projeto de Lei n. 3.337/2004. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 201-223, cit. p. 208-209.

desenhado no projeto de lei. Os vários tipo de termos, bem como a ampla gama de signatários e a pluralidade de indicadores pode ser traduzida, de forma didática, pelo figura abaixo:

Figura 12 – Contrato de gestão e relatórios, de acordo com o PL n. 3.337/2004



Fonte: formulação própria.

A partir da análise do art. 10, que indica os elementos que deverão constar do proposto contrato de gestão, é possível visualizar que alguns receios não se justificam:

Art. 10. O contrato de gestão e de desempenho deve especificar:

- I – as metas de desempenho administrativo e de fiscalização a serem atingidas, prazos de consecução e respectivos indicadores e os mecanismos de avaliação que permitam quantificar, de forma objetiva, o seu alcance;
- II – a estimativa dos recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros necessários ao alcance das metas pactuadas;
- III – as obrigações e responsabilidades das partes em relação às metas definidas;
- IV – a sistemática de acompanhamento e avaliação, contendo critérios, parâmetros e prazos;
- V – as medidas a serem adotadas em caso de descumprimento injustificado das metas e obrigações pactuadas;
- VI – o período de vigência; e
- VII – as condições para revisão e renovação.

No rol de elementos necessários do contrato de gestão há, inclusive, a previsão de fixação de elementos orçamentários como contrapartida necessária ao devido atendimento das metas administrativas e de gestão. Para alguns, a proposta do projeto de lei é a efetivação da asfixia financeira das agências reguladoras:

O que eu acho mais grave é que o governo, de forma proposital, está sufocando as agências, com muita competência. Ele está retirando, aos poucos, seus poderes. Uma das formas de retirar isso é não renovar os mandatos dos diretores e conselheiros. A outra forma é a questão orçamentária. Outro dia, eu tive uma reunião na ANATEL. Eles pediram pra eu fazer uma palestra. O curioso é que estavam revezando dias do ar condicionado! Isso me trouxe uma questão interessante. Como o tempo passa... Na sua criação, o pessoal da ANATEL ficou muito deslumbrado. A agência foi criada e reformaram todo um prédio, que havia sido da TELEBRAS. Foi uma obra

de primeiríssima qualidade. É um ambiente de trabalho maravilhoso. Estava tudo indo muito bem, até que virou o governo²¹².

Porém, os elementos para efetivar uma potencial asfixia estão evidentemente presentes no projeto de lei. É claro que há uma abertura para a imposição de metas pouco razoáveis. Todavia, além do problema indicado com o art. 9º, §4º, II, isto não pode ser verificado no rol de cláusulas necessárias, indicado no art. 10, do PL. Além destes elementos, como indicado na figura, o projeto de lei prevê um relatório semestral para o acompanhamento da execução do contrato de gestão:

Art. 11. O contrato de gestão e de desempenho terá duração mínima de um ano, será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da Agência, sem prejuízo da solidariedade entre seus membros.

Art. 12. Regulamento disporá sobre os instrumentos de acompanhamento e avaliação do contrato de gestão e de desempenho, bem como sobre os procedimentos a serem observados para a sua assinatura e a emissão periódica de relatórios de acompanhamento e avaliação de desempenho da Agência Reguladora.

Parágrafo único. A Agência Reguladora apresentará, semestralmente, sem prejuízo do relatório anual de atividades de que trata o art. 8º, relatórios de gestão e desempenho, que deverão ser publicados na imprensa oficial, sem prejuízo de sua ampla e permanente divulgação por meio eletrônico pelas respectivas Agências Reguladoras, devendo ser enviados ao órgão supervisor, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e ao Tribunal de Contas da União.

Vale indicar, novamente, que a previsão de um contrato de gestão para a administração pública foi induzida pela própria Reforma Administrativa, havida no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Inclusive, no caso de agências reguladoras, como frisou um entrevistado: “A idéia de contrato de gestão, que ressurgiu agora no governo Lula já constava na estrutura normativa da ANEEL”²¹³. Por fim, a realização deste relatório deverá ser focalizada no atendimento das metas gerenciais, ao contrário do relatório anual, previsto no art. 8º. Desta forma, vale reiterar que houve uma confusão no art. 9º, §4º, II, ao indicar “políticas públicas”, ao invés de ações gerenciais ou outro termo mais afeto ao que seria razoável para o contrato de gestão.

212 ALEXANDRE JOBIM, advogado do setor e membro do Conselho Consultivo da ANATEL, entrevista, Brasília, 18 out. 2006. Ficha 97.

213 MURILO CÉSAR RAMOS, pesquisador do setor de telecomunicações (UnB) e coordenador na formação do corpo técnico da ANATEL, entrevista, Brasília, 15 out. 2006. Ficha 119.

3.4.2.6 Obrigatoriedade de ouvidoria (artigo 13 e artigo 14)

A maior parte das agências possui ouvidorias. Entretanto, é razoável supor que o seu grau de institucionalização e eficácia varie de acordo com cada desenho institucional. Cada agência reguladora teve uma solução específica para a questão da ouvidoria. Ainda mais, a prática em cada entidade acaba determinando o papel real da ouvidoria. Segundo um dos entrevistados, que trabalhou na Ouvidoria da ANATEL:

O ouvidor é alguém que vai olhar para dentro da instituição e ver se ela está atuando de acordo com o que ela foi projetada. Isso é o que está no papel. A atuação do ouvidor na realidade foi outra. Nós já tivemos quatro ouvidores diferentes, na Anatel. A atuação de cada um acabou sendo personalíssima. Assim, cada um imprimiu aquilo que achou que era ouvidoria. Enquanto uns afirmavam você deve melhorar a regulação com isso ou essa atuação não melhorou, outros assumiram o papel de defesa do usuário. Ficou uma coisa descontinua. Sem contar que nós tivemos uma primeira fase na qual a atuação do ouvidor incomodou tanto, que ficamos um ano sem nomeação de ouvidor.

O papel do ouvidor acaba sendo confundido, na prática, com a defesa dos usuários, ou com a proteção ao direito dos consumidores. Outra entrevistada coloca claramente que a expansão da ação da ouvidoria em defesa dos direitos dos consumidores foi positiva:

Os PROCON e os demais órgãos de defesa do consumidor ainda estão caminhando para ficarem mais fortes. Porém, se não houver um apoio da ANATEL, não dá. Ela deveria mudar de postura totalmente! Quero dizer que é preciso dar força à ANATEL desde que ela se volte para o lado ao qual ela deva. Ela deve sair dessa proteção às empresas e proteger o cidadão. Não é só o usuário, tem que proteger o cidadão brasileiro que é quem vai ter aquele serviço. Isso ainda não acontece. Então, seria positivo dar mais força à ANATEL? Acredito que sim; desde que ela mudasse de postura. Não tivesse uma postura “pró-empresa”; mas, “pró-consumidor”, “pró-usuário” e, no fim, “pró-cidadão”! Porque eu não estou falando somente de consumidores, aqui. Deveria haver para essa questão, portanto, uma mudança radical na perspectiva da ANATEL. Hoje eu vejo um trabalho melhor da Ouvidoria. No ano passado, eles lançaram essa regulamentação mudando essas questões. Logo, eles realmente têm feito alguma coisa, mas ainda de forma tímida²¹⁴.

É claro que aqueles que divergem. Tal divergência está baseada numa defesa de que a Ouvidoria tenha um papel como espaço de entrada de informações para a fiscalização do bom funcionamento administrativo:

Temos essa confusão o que é ouvidoria e o que é SAC. Acredito que não se terá implementado realmente uma estrutura funcional, se esses papéis enquanto continuarem se confundindo. Uma coisa é defender o usuário. Outra coisa diferente é defender a estrutura de regulação correta. Se você preservar essa estrutura de regulação, você estará atendendo o usuário numa visão institucional. A outra visão é atender o dia a dia, em problemas pontuais. Um olha no geral e o outro olha o pontual.

A crítica do entrevistado está centrada no seu entendimento de que o projeto de lei das agências não resolve o problema da definição. Para ele, ao se manter o quadro normativo, não se terá a ouvidoria como um órgão de fiscalização da boa regulação:

O projeto de lei das agências mistura as duas coisas, de novo, Ele acaba colocando posições bastantes distintas entre os vários grupos de agências. Tem um grupo de agências que defende que o Ouvidor não deve existir. Tem outro grupo de agências que acha que deve existir. Entre os que defendem que deve existir tem os que dizem que o papel dela é de defesa do usuário, como um SAC [Serviço de Atendimento ao Consumidor]. Outros dizem que a Ouvidor tem que fazer uma análise imparcial e crítica da agência. Outra coisa na qual se diverge é se o Ouvidor deve ter direito a voto, ou não. Novamente a confusão. Aqueles que querem que o Ouvidor seja SAC até aceitam que tenham direito a voto. Mas os outros dizem que, uma vez que tenha direito a voto, não é mais possível fazer crítica imparcial. O que faz sentido, pois tal análise perderia distanciamento²¹⁵.

Assim, existem setores nos quais os consumidores e suas entidades são mais presentes, bem como nos quais o Ministério Público é mais ativo. Estes interesses acabam pressionando a ouvidoria para que ela pressione a entidade administrativa a agir na solução dos problemas do setor. Em princípio, a ouvidoria seria um meio de permitir a transparência no funcionamento interno da própria entidade administrativa e não, necessariamente, para colher dados sobre a efetividade da regulação. É óbvio, no entanto, que as duas questões são entrelaçadas. Logo, é possível imaginar que o rol de interesses ativos age para que a ouvidoria tenha papel na eficácia regulatória, mesmo que indireto, pressionando, internamente, as entidades. Intuitivamente, pode-se imaginar que o setor de telecomunicações, de aviação civil, de saúde suplementar e de distribuição de energia sejam bastante ativos. Em outros setores, os interesses seriam mais difusos, tal como a área de transportes terrestres e aquaviários. Ainda, com base na intuição, pode-se imaginar que o setor de gestão hídrica e de cinema tenham menor incidência de interesses capazes de pressionar as ouvidorias. Uma das críticas dirigidas

215 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 152.

às ouvidorias seria derivada de sua dependência em relação à agência que a esposaria. Isto seria evidente no caso da ANEEL, onde a função de ouvidor é desempenhada por um dos seus diretores. Um dos entrevistados mencionou o problema da assimetria em relação as funções das ouvidorias nas agências:

Nós tivemos três legislações que saíram aproximadamente na mesma época. A legislação das telecomunicações, a do petróleo e a de energia elétrica. A Lei Geral de Telecomunicações criou a figura do ouvidor independente com autonomia e que tinha o papel de fazer uma análise crítica da atuação da agência. Esse ouvidor seria um sujeito que iria observar a atuação da agência e fazer críticas sobre essa atuação. Essas críticas sempre seriam no sentido de melhorar o trabalho de regulação. Na ANEEL, a legislação diz que o ouvidor seria o responsável por apurar e corrigir os problemas envolvendo a defesa do usuário. Com um detalhe: sem independência. Esse ouvidor, na estrutura da agência nacional de energia elétrica, seria um dos diretores. Eles fariam o papel de ouvidor, revezando-se entre si. Esse ouvidor que fará esse papel de defesa do usuário faz parte da máquina. Ao ser parte da máquina, ele na verdade vai atuar visando corrigir os problemas. Ele não irá fazer análise crítica nenhuma. Na verdade, ele nem é um ouvidor. Ele é um serviço de atendimento ao usuário, um SAC [Serviço de Atendimento ao Consumidor]. Essa confusão entre o que é ouvidoria e entre o que é o SAC não está bem definida. Eu acredito que, na Lei Geral de Telecomunicações, o ouvidor está na posição correta²¹⁶.

O projeto de lei inova ao demandar que as ouvidorias sejam fortemente independentes, em relação às agências, portanto. Porém, alguns autores consideram que isso seja um risco, tal como é relatado por Pereira Neto & Correa²¹⁷. Para eles, a relação direta com a Presidência da República induziria que as ouvidorias poderiam se transformar em órgãos de fiscalização do chefe do Poder Executivo. O motivo seria que os ouvidores não seriam nomeados pelos colegiados das agências, mas, sim, pelo Presidente, tal como qualquer conselheiro ou diretor:

Art. 13. Haverá, em cada Agência Reguladora, um Ouvidor, que atuará junto à Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor sem subordinação hierárquica e exercerá as suas atribuições sem acumulação com outras funções.

Art. 14. O Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução.

Além disso, retorna o debate sobre a conveniência da recondução. A noção de recondução sempre é criticável porque gera a expectativa do nomeado para que ela ocorra. Tal

²¹⁶ EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 151.

²¹⁷ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CORREA, Paulo. Delegação de funções para agências reguladoras independentes: mudanças propostas pelo Projeto de Lei n. 3.337/2004. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 201-223, cit. p. 210.

expectativa pode minorar a possibilidade de uma atuação independente do titular daquele cargo, como ponderam César Mattos e Bernardo Mueller²¹⁸. Além disso, tem-se claro que o expande as funções das ouvidorias. A preocupação da literatura se torna mais razoável quando se tem claro que o projeto de lei expandiu a relevância da ouvidoria, dotando com uma dimensão quase de corregedoria, como pode ser localizado pela leitura dos dispositivos:

Art. 14. [...]

§1º São atribuições do Ouvidor zelar pela qualidade dos serviços prestados pela Agência Reguladora e acompanhar o processo interno de apuração das denúncias e reclamações dos usuários, seja contra a atuação dela ou contra a atuação dos entes regulados.

§2º O Ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, semestralmente e quando julgar oportuno, apreciações sobre a atuação da Agência Reguladora, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, quando houver, ao titular do Ministério a que estiver vinculada, aos Ministros de Estado da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e Chefe da Casa Civil da Presidência da República, bem assim às Comissões de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e fazendo publicá-las para conhecimento geral.

Ora, por um lado, é razoável fortalecer as ouvidorias. Todavia, não é consensual que elas possam ter estes poderes de fiscalização interna de forma tão abrangente, sob pena de serem inviabilizados outros sistemas de acompanhamento funcional. Um exemplo é o sistema nacional de ética pública, que deve ter uma comissão instituída em cada órgão federal. Não há problema ao se entender que o ouvidor é um representante independente dos usuários, tal como indicam César Mattos & Bernardo Mueller:

O objetivo da alteração é basicamente fortalecer a posição do ouvidor dentro da agência e enfatizar seu papel de “representante dos usuários”, dado que passa a ser responsável pela “solução” de suas reclamações tanto perante a agência quanto em relação aos entes regulados. [...] Trata-se de mais uma forma de controle e, portanto, de constrangimento desnecessário à ação da agência²¹⁹.

Ao contrário, problemático seria entender que a ouvidoria irá tornar-se um órgão de informação exclusiva do Poder Executivo (ministério setorial, por exemplo), minorando seu

218 MATTOS, César; MUELLER, Bernardo. Regulando o regulador: a proposta do governo e a ANATEL. Revista de Economia Contemporânea, Rio de Janeiro, Instituto de Economia, UFRJ, v. 10, n. 3, p. 517-546, set./dez. 2006, cit. p. 525.

219 MATTOS, César; MUELLER, Bernardo. Regulando o regulador: a proposta do governo e a ANATEL. Revista de Economia Contemporânea, Rio de Janeiro, Instituto de Economia, UFRJ, v. 10, n. 3, p. 517-546, set./dez. 2006, cit. p. 530.

papel de defesa dos usuários. Isto é que seria um constrangimento desnecessário pelo seu potencial de influência negativa nos processos administrativos e decisórios das agências.

O projeto de lei prevê a reordenação de relação com o sistema brasileiro de defesa da concorrência (artigo 15 ao artigo 18) que, aliás, carece de uma reforma no entendimento tanto de Lucia Helena Salgado, quanto de Pereira Neto & Correa²²⁰. O PL também incluiu dois dispositivos para tentar incentivar a realização de ações de descentralização administrativa, mediante acordos entre as agências federais e as entidades reguladoras do Distrito Federal, dos Estados e dos municípios (artigo 19 e artigo 20). Os dois conjuntos de propostas são relevantes, no sentido de indicar a necessidade de reordenar a saída do isolamento das agências em relação aos outros entes da administração, minorando eventuais superposições.

A título de conclusão, neste tópico, pode ser esclarecido que o grande problema identificado pelas propostas de reforma institucional das agências tem sido a abrangência – maior, ou menor – de sua autonomia. Seja por tentar desenhá-la de forma majorada, no texto constitucional – o caso da proposta da oposição –, seja por tentar mantê-la adstrita aos limites definidos por um modelo geral de agência.

É certo que os atores econômicos têm uma visão bastante negativa da atuação dos ministérios setoriais sobre as agências. Eles indubitavelmente defendem a diminuição, ou até mesmo, o fim de alguma supervisão:

Olha, enquanto o governo quiser liquidar as agências, essa é a maneira de tentar liquidá-las [incentivar o conflito entre as agências e os ministérios]. Porque ele não vai aprovar a lei que pretendem. Não vai conseguir aprovar uma lei para acabar com as agências. Eu acho isso muito difícil. Já se passaram quatro anos de governo e ele não conseguiu, Acho que não vai mais conseguir. Então, eles vão acabar com as agências por dentro. Vão acabar com elas de fato, não de direito. Logo, não vejo como isso acabar. Essa briga vai continuar... Sabe como você acaba com isso? Extingue o Ministério das Comunicações, que é o que já devia ter sido feito há muito tempo! Tem que se extinguir! O ministro senta ali e fica olhando pro teto: “poxa, eu não tenho nada, só tenho os Correios”. Por isso que entram lá as falcatruas! Rádios, TV e tal. Mas mesmo isso é pouco. É pouco para a ambição política deles [dos ministros]. Tem é que acabar com o Ministério! Que não tenha se ministro, poxa! Todo mundo que senta ali quer fazer o que faz a ANATEL. Porque na prática, está tudo na Anatel²²¹.

220 PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CORREA, Paulo. Delegação de funções para agências reguladoras independentes: mudanças propostas pelo Projeto de Lei n. 3.337/2004. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

221 SÁVIO PINHEIRO, advogado, membro do Conselho Consultivo da ANATEL. Entrevista, Brasília, 20 out. 2006.

Todavia, é razoável de pensar que o país carece de um limite mais fixado acerca da divisão de competências existentes entre os entes reguladores e os ministérios. O projeto de lei é uma oportunidade para ampliar este debate. Ademais, o que resta ausente de considerações é a possibilidade de um encaixe institucional das funções reguladoras – mesmo que como teleologia normativa – no projeto de lei. Esta possibilidade não é algo inovador e existe há muito tempo no modelo norte-americano.

3.5 Considerações intermediárias: ausência de encaixe com o Poder Judiciário e os desafios contemporâneos

Seria positivo que o projeto de lei das agências reguladoras introduzisse alguma nota prática acerca da relação entre entidades reguladoras e o Poder Judiciário? Para os defensores de uma majoração da autonomia judiciária, isso seria claramente negativo. O Poder Judiciário possui uma função de veto. Desta forma, sob tal aspecto ela é menos fortalecida do que a ação dos outros dois poderes republicanos. Porém, como o seu veto apenas é passível de revisão por outro órgão judiciário, é considerável notar que a decisão judicial é – desta forma – mais forte do que as decisões do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

O judiciário norte-americano foi relatado como onipresente na vida social por Alexis de Tocqueville, em passagem célebre de “A Democracia na América”²²². O quadro relatado pelo francês era um fotograma do século XIX, contudo. A emergência de um Poder Executivo federal fortalecido na esfera pública, tanto por causa do esforço de guerra, quanto por conta do combate à crise econômica de 1929, não foi – por motivos óbvios – analisada por Tocqueville. Se antes, a justiça tinha muita força para rever decisões estatais, em especial aquelas que visavam intervir na ação econômica dos indivíduos, o “New Deal” estabeleceu um novo parâmetro relacional entre o Poder Judiciário e a ação do Executivo. O sintoma radical da tensão entre o Presidente forte e o aparelho da justiça deu-se no episódio no qual Franklin D. Roosevelt tentou modificar a composição da Suprema Corte, para garantir sua

²²² TOCQUEVILLE, Alexis de. **La democracia en América**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

legislação interventiva. É certo que a mudança na Corte não ocorreu. Entretanto, o fortalecimento do Poder Executivo era evidente e foi afirmado²²³.

O aparecimento de um amplo conjunto de agências executivas – que, na designação formal estadunidense tem o sentido de ente estatal, em geral – permitiu a formação de um dantes inexistente Direito Administrativo naquele país²²⁴. Um elemento posterior foi o florescimento de uma norma legislativa, que visou organizar o campo de ação do Estado administrativo: o Federal Administrative Procedure Act. Esta lei não somente definiu os termos jurídicos necessários para a organização da ação estatal da União mas, também, apresentou um capítulo sobre a interpretação das normas na revisão judicial das decisões regulatórias. Por um lado, ela pôde ser visualizada como um elemento de restrição das agências. Por outro, no entanto, é certo que sempre pautou a ação judicial. Indubitável, portanto, é que a definição de meios interpretativos de restrição para a revisão judicial da regulação atinge os dois pontos desta pautada relação.

A questão central para se ponderar é se não seria interessante estabelecer uma parametrização interpretativa no caso brasileiro, que atingisse não somente o Poder Judiciário, mas também a tensa relação interna que subsiste entre os ministérios setoriais e as agências reguladoras.

223 FRIEDMAN, Lawrence. **American Law in the 20th century**. New Haven: Yale University Press, 2002.

224 Para detalhes, cf. SCHUCK, Peter H. **Foundations of Administrative Law**. New York: Foundation Press, 2004; WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the political system**. 5 ed. Philadelphia, PA: Westview Press, 2011.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E AS TELECOMUNICAÇÕES

Nos capítulos precedentes foram descritos dois processos. Primeiro, foi descrita a radicalização das privatizações, com especial atenção ao caso das telecomunicações no Brasil. No mesmo compasso, foi indicado o erguimento de uma estrutura jurídica para dar suporte ao novo sistema de serviço público, após a mudança da gestão estatal para os investidores privados, por meio de concessões. O segundo processo foi a formação de um arcabouço teórico, no campo do Direito, em atenção às determinações e necessidades econômicas.

Ambos estão interligados, já que o conjunto doutrinário é erguido de modo a conceder substância aos ditames legais. Afinal, é por meio do trabalho doutrinário que é a realizada a integração conceitual do sistema jurídico, dando significado prático aos interesses em disputa. Em continuidade, foi descrito como o debate jurídico está relacionado com o debate institucional, em atenção ao problema das agências reguladoras.

No presente capítulo será descrito um processo social e político que atravessou os dois momentos anteriores. A emergência de um quadro social que fortaleceu um discurso jurídico de ação, em prol da luta social. Este conjunto de teorias e debates foi compendiado sob a denominação de judicialização da política.

Será realizado o seguinte percurso. Num primeiro momento, será realizada uma resenha sobre o encaixe possível entre Direito, ação social e política. Este debate tem relevância, ao passo que o conceito de Direito que vem sendo manejado ao longo do trabalho possui uma importância intrínseca. A referida anotação intenta rechaçar críticas que tão somente subsumem o conceito de Direito a meros argumentos despidos de força intrínseca, ou seja, para os quais uma norma jurídica é tão somente um ditame de interesses políticos e econômicos disfarçado por um discurso elegante.

Posteriormente, ingressar-se-á no debate sobre o conceito de judicialização da política, propriamente dito, com atenção às críticas intentadas contra sua utilização e formulação. Pode-se adiantar que a crítica mais feroz radica-se numa alegação de que o conceito é um mero guarda-chuva para explicar algo que é sabido há muito: que o sistema jurídico é parte de algo maior, ou seja, do sistema político. A conclusão deste cotejamento de formulações e críticas será que o conceito pode ser amplo, porém, que o mesmo possui utilidade analítica e permite compreender a prevalência do debate jurídico no mundo contemporâneo. Ademais, será realizada uma rápida resenha do debate internacional e latino-americano para demonstrar

que houve uma difusão do conceito entre os analistas sociais e políticos, tendo o mesmo sido, portanto, incorporado ao acervo teórico dos cientistas sociais.

Por fim, será produzida uma resenha mais detalhada sobre a judicialização das políticas públicas e o seu impacto no sistema judiciário. Como forma de exemplificar este quadro de judicialização das políticas públicas, as objeções constitucionais lançadas ao modelo de agências reguladoras serão analisadas. O tema evidentemente será usado para permitir a abertura do debate que será detalhado em termos de casos no próximo capítulo: a explosão de litigiosidade nas questões de consumo em telecomunicações.

4.1 O conceito social de Direito

Um dos maiores problemas da sociologia jurídica ainda é o modo de construir modelos que permitam análises eficientes e elucidativas dos processos sociais e políticos em sua relação com o mundo judiciário²²⁵. Há a ampliação de um consenso sobre a relevância do destacado papel dos tribunais no momento atual. Todavia, também é um relativo consenso de que tal papel vem acompanhado de tensões que podem ser localizadas entre o direito e a política²²⁶, sem que haja uma definição conceitual especificamente clara sobre qual processo é predominantemente erosivo em relação a cada esfera. Dentre as variadas soluções teóricas existentes, parte da literatura científica expressou esta tensão na forma do conceito de judicialização, tanto no Brasil, quanto no exterior²²⁷. Mas, para entender a expressão específica destas tensões, é necessário compreender o significado local atribuído aos textos constitucionais e legais na Brasil e sua relação com o contexto global. Uma nota sobre o tópico seria mencionar que, somente com este contexto mais amplo, poderá ser compreendida

225 SHAPIRO, Martin. **Courts: a comparative and political analysis**. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 1981; bem como SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec. **On law, politics, and judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

226 Cf. TATE, C. Neal (ed.); VALLINDER, Törbjorn (ed.). **The global expansion of the judicial power**. New York, NY: New York University Press, 1995.

227 MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Luz Nova, São Paulo, n. 57, p. 113-134, 2002.

a importância que vários analistas do Direito têm dado ênfase ao debate constitucional, em especial ao estudo da jurisprudência dos tribunais²²⁸.

Existem diversas perguntas que permanecem não respondidas tanto pela Teoria do Direito, quanto pela Sociologia Jurídica sobre a caracterização do fenômeno jurídico. Contemporaneamente, o ponto central de convergência dos questionamentos da Teoria do Direito aponta para a conexão existente entre a normatividade e a realidade social. No escrever de Jürgen Habermas, tal conexão revela a tensão entre a validade jurídica da normatividade e a faticidade ou validade da realidade social²²⁹. Em outras palavras, a grande questão postula determinar como é efetivada a passagem de uma disposição jurídica abstrata para o plano da realidade; nele incluída a apropriação social, na forma de crenças e valores. Este tema figura relevante desde o fortalecimento do realismo jurídico, entendido como a face contemporânea do debate da jurisprudência sociológica americana e da escola do Direito livre. Como contribuição didática, há que se mencionar que o realismo jurídico, na faceta americana está ligado à necessidade de produção de estudos do mundo jurídico com atenção à realidade social. O realismo jurídico norte-americano foi um empreendimento de pesquisa, que visou estabelecer alguns programas sociológicos de estudo do Direito, na década de 1950.²³⁰ A escola denominada de “jurisprudência sociológica” é bastante distinta e guarda similaridade com a escola do Direito livre, de origem germânica. Essas escolas configuraram tentativas de apreciação do sistema jurídico – relacionado com a produção de soluções jurídicas, e não de análise científica do Direito – por um prisma sociológico. Desta forma, atuaram com muito mais impacto no modo de apreciar e decidir problemas jurídicos, por tribunais, por exemplo, do que em estudos científicos sobre o Direito. Entre os autores norte-americanos, pode-se indicar Oliver Holmes Jr., como um dos seus mais conhecidos

228 Poder-se-iam citar vários trabalhos. Indica-se: CAMPOS MELO, Patricia Perrone. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008; a autora faz um percurso teórico essencial e demonstra a importância de uma teoria para a consolidação da lógica de precedentes no mundo anglo-americano. Também, porém com menor alcance, já que ancorado numa proposta essencialmente prática, cf. GOMES DE FILIPPO, Thiago Baldani. **Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo: a necessidade de um sistema brasileiro de precedentes vinculantes**, Dissertação de mestrado em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, 2010; o autor focaliza na necessidade de fortalecer as súmulas vinculantes e, por saber impossível repetir o contexto dos EUA sem o substrato cultural, empreende um estudo comparado.

229 HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of Law and democracy**. Cambridge, MA: MIT Press, 1999.

230 Para a história do realismo jurídico norte-americano, cf. SCHLEGEL, John Henry. **American Legal Realism and empirical social science**. Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press, 1995.

expoentes²³¹. Como indica o prefácio de sua republicação, Holmes Jr. foi um dos ícones da revolta contra o formalismo, que visava atenuar a rigidez da interpretação jurídica em prol do reconhecimento de necessidades sociais. A sua visão “sociológica” não era um programa de pesquisa sobre o funcionamento social do Direito, nem tampouco uma elaboração teórica sobre a necessidade de um direito crítico, relacionado com uma agenda de avanço social. Ele sintetizou um sentimento de incômodo prático com a recepção de lições dogmatizadas do Direito, as quais não mais seriam servis para a modernidade²³². Ele figura como um dos expoentes da miríade de estudos sociais do Direito, posteriores. Assim, tanto os autores com viés interventivo, como os agrupados em torno do movimento crítico do Direito (“critical legal studies”), quanto aqueles que fomentaram uma análise científica do Direito – na interseção com as ciências sociais –, têm Holmes Jr. como figura basilar²³³.

Após descrever o papel histórico da interseção entre a Sociologia e a teoria do Direito, convém retornar à pergunta que preside a fundamentação teórica do presente trabalho. Dentre a variada gama de inquietações da teoria do Direito, podem ser listadas algumas cujo interesse é sensível para a realização de estudos dinâmicos sobre temas jurídicos contemporâneos. O questionamento preliminar é afeito à Filosofia do Direito, entendida em sua relação de dependência com outros campos da Filosofia:

(1) Os textos jurídicos possuem uma normatividade imperativa e intrínseca?

Esta questão não possui uma resposta imediata e simples. Na sua origem, era respondida com uma figuração filosófica do problema que estava ancorado no direito natural. Notadamente, a perspectiva de Immanuel Kant foi responsável pela consolidação de uma apreensão racional do fenômeno jurídico ainda que, em última instância, a universalidade estivesse relacionada com uma dimensão subjetiva ausente de verificação empírica²³⁴. A formulação jurídica kantiana, bem como a definição de uma resposta filosófica ao problema

231 A principal obra deste autor: HOLMES Jr., Oliver Wendell. **The Common Law**. Mineola, NY: Dover Pub., 1991 [1881].

232 Um excelente resumo sobre esta questão pode ser acessado em: PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

233 Sobre essa perspectiva, bem como uma análise bem completa sua o autor, cf. HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o Judiciário e os perfis dos juízes? O pragmatismo de Oliver Holmes Jr. e a formação das decisões judiciais**. Curitiba: Juruá, 2010.

234 A teoria jurídica do autor foi estruturada em: KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. Trad. José Lamego.

com base no direito natural foi objetada por dois conjuntos de autores teóricos nas duas tradições jurídicas ocidentais. No mundo romano-germânico, a construção teórica que se firmou no centro do debate foi exposta por Hans Kelsen²³⁵. No panorama anglo-americano, a formulação – um pouco mais tardia – foi construída por Herbert L. A. Hart. Enquanto Kelsen buscava uma teorização que o permitisse retirar fundações do direito natural, Hart buscava reformular uma teoria analítica, reconstruindo John Austin em bases diversas. No fundo, os dois conjuntos teóricos convergem na ausência de definição de ausência de preponderância do verificável em prol de formulações abstratas para embasamento do Direito.

Outra formulação foi realizada – com indicado pela referência à jurisprudência sociológica e ao realismo jurídico – na qual atenção analítica foi dada à necessidade de formulação de uma gama de outras perguntas acerca da apropriação do fenômeno jurídico, nas instituições sociais e políticas. Note-se que, estas perguntas desdobradas não são somente relacionadas com os questionamentos abstratos. Elas induzem a necessidade de observação do mundo social, para que haja possibilidade de obtenção de respostas analiticamente razoáveis.

Em síntese, no debate longo do Direito moderno, foi possível obter duas formulações sobre o tema. A primeira formulação pode ser encontrada em autores que estão agrupados sob o rótulo de “positivistas jurídicos”²³⁶. Já a segunda está presente no debate, de meados do século XX, que evoluiu para um resgate do que é denominado de jus-racionalismo, já que se tem em conta que isso seria a re-emergência do direito natural, todavia adaptado a uma parametrização racional e, portanto, moderna.

235 Inevitável citar como a obra de mais relevância: KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Todavia, a teoria kelseniana teve várias reformulações. A sua síntese mais acabada pode ser acessado na edição norte-americana – KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1945. Reimpressão: Clark, NJ: The Lawbook Exchange, 2007; Trad. Bras.: KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005 – produzida no exílio, com atenção ao debate do mundo anglo-americano. Um pesquisador brasileiro traduziu um texto no qual Herbert L. A. Hart discute os termos da teoria de Kelsen, oriundo de um colóquio acadêmico, nos EUA: HART, Herbert. Trad. Leonel Pessoa.

236 Usualmente, o “positivismo jurídico” é tratado como se correspondesse a uma formulação única. Em verdade, existem várias nuances teóricas neste campo, bem compendiadas e demonstradas por GRZEGORCZYK, Christophe (Ed.); MICHAUT, Françoise (Ed.). TROPER, Michel (Ed.). **Le positivisme juridique**. Paris: LGDJ, 1998. É relevante notar que este conceito de “positivismo jurídico” deve ser afastado de uma formulação simplificadora que pode ser rotulada como “legalismo”. Se o objetivo do debate – como aqui – está cingido à explicação, esta diluição do positivismo jurídico (“legalismo”) é analiticamente inútil. Um bom exemplo de crítica neste sentido pode ser acessado em BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo plenamente e lei: a lei do amor e o amor pela lei**. São Paulo: Campus-Elsevier, 2007.

Antes de continuar, uma anotação precisa ser realizada em relação aos autores que têm sido agrupados sob a égide do pós-positivismo²³⁷, ou do neo-positivismo. Eles têm à proa um autor como Robert Alexy, que pugna pela possibilidade de incluir pressupostos do direito natural com a teoria positivista clássica. Poder-se-ia qualificar tal objetivo como um modo de aplainar as divergências entre estes dois campos, ou, então, uma maneira de incluir elementos que as teorias positivistas clássicas apropriariam de modo extrínseco ao que é considerado como direito. A consequência prática desta alteração teórica tem sido a emergência dos princípios como elementos jurídicos dotados de normatividade, ou seja, que devem ser observados como normas jurídicas; todavia dotados de textura aberta e conteúdo não dispositivo. No entanto, a formulação pós-positivista não desloca sua atenção para o sensível e o observável – práticas sociais, por exemplo – como fonte primária do direito. Ela incluiu valores sociais, porém não os estuda e apreende de forma sociológica. Assim, a fronteira teórica se encaminha para a interseção dos estudos jurídicos com as ciências sociais que demanda e recrudescer o debate acerca do manancial teórico externo que deve ser integrado com a teoria do Direito.

Um texto necessário para demonstrar como o campo da Sociologia e da teoria política não esteve infenso ao debate da teoria do Direito é o estudo preliminar realizado por Luiz Werneck Vianna acerca da positivação de novos valores no Direito pelo constitucionalismo, que se imiscui com a judicialização da política²³⁸. Este trabalho seminal foi completado quando da publicação da obra “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, em conjunto com pesquisadores agrupados no IUPERJ²³⁹.

A narrativa do texto demonstra como as reconfigurações sociais e políticas permitiram que o Poder Judiciário construísse uma faceta interventiva, ao passo em que foi buscada a

237 No Brasil, pode ser indicado o grupo de professores que se reuniu em torno de Luis Roberto Barroso, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Do autor, cf. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Regina (Org.); OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Org.); RICCIO DE OLIVEIRA, Farlei (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51-91. Veja, também: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

238 WERNECK VIANNA, Luiz. Poder Judiciário, “positivação do direito natural e política. Estudos Históricos, n. 18, Rio de Janeiro, p. 263-281, 1996.

239 WERNECK VIANNA, Luiz; REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice. MELO, Manuel Palácios da Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

positivação de direitos subjetivos, entendida com um meio de consolidação de valores. Assim, a chave teórica é exemplar e justifica a presente pesquisa, já que demonstra que uma força impulsionadora na agenda de construção do Direito. Em síntese, o processo de judicialização está relacionado com um momento da sociedade brasileira – em compasso com o que ocorre no mundo ocidental –, e é marcado pela tentativa de configuração dos direitos sociais em nova semântica. Como a compreensão deste processo pode ser vertida para o caso que está sendo analisado aqui. Vale lembrar que a pesquisa empírica – consolidada em judicialização da política e das relações sociais –, derivava dados do movimento processual no Tribunal de cúpula do Poder Judiciário. Por meio da interposição de ações diretas de inconstitucionalidade, foi localizada uma insurgência em relação aos direitos que encontrou eco na reconstrução institucional daquele Poder, com notório impacto na política brasileira.

Na chave das relações sociais, a pesquisa demonstra a crescente prevalência do juiz como garantidor de direitos subjetivos que, ora não eram manejados, ora não eram efetivados. Logo, apesar de existirem enquanto normatividade abstrata, eles inexistiam enquanto efetividade. O segundo campo – das relações sociais – é que interessa ao presente estudo. Na pesquisa mencionada, o local privilegiado de observação estava na nova seara jurisdicional, representada pelos juizados especiais cíveis²⁴⁰. O que será indicado – a partir dos dados da presente pesquisa – é que a insurgência reivindicativa de direito subjetivos ocupa um espaço notável no movimento ordinário dos tribunais e, especialmente, na esfera recursal especial e extraordinária²⁴¹. Logo, para que se indique uma resposta parcial à primeira pergunta. É claro que a normatividade intrínseca do direito somente existe ao passo em que ela é efetivada, sendo a sua fonte precípua determinada pelas práticas sociais. É por isso que ganha importância a expansão de lutas por direitos, mesmo que difusas como a reação judicial dos consumidores contra a regulação de telecomunicações. É a perseguição, por parte dos cidadãos, por direitos que, ao encontrar-se com um fértil campo para recepção de tais

240 Idem, cf. a parte II, p. 145 e seg.

241 O recurso especial é um desdobramento do recurso extraordinário, que é dirigido ao Supremo Tribunal Federal. Sua criação está relacionada com o desdobramento de competências do antigo STF e a criação de novas competências jurisdicionais atribuídas ao Superior Tribunal de Justiça. Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008; DIDIER JR., Freddie. Artigo 105, inciso III. In: BONAVIDES, Paulo (coord.); MIRANDA, Jorge (coord.); AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1998**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1417-1433.

pretensões no Poder Judiciário, lhe dá os contornos aqui aferidos²⁴². A luta pela expansão do catálogo de direitos, bem como do significado de seus termos, tem o caso norte-americano dos anos 60, do século XX, como exemplar. O primeiro texto referencial foi produzido por Charles R. Epp²⁴³. Nesta obra, o autor estabelece uma comparação funcional entre os casos dos Estados Unidos da América, do Reino Unido, do Canadá e da Índia para concluir que o processo de expansão da justiça está relacionado com uma revolução de direitos. Tal revolução toma a forma, em parte, pela expansão da doutrina jurídica, que reinterpreta os contornos do direito existente – re-significando as cartas de direito (“Bill of Rights”), no contexto anglo-americano – e se consolida no constitucionalismo. Todavia, a mesma requer que haja um movimento social de base para que a doutrina jurídica possa realmente ser consolidada a partir de decisões judiciais paradigmáticas. São os interesses, não os conceitos abstratos, que movem a expansão judicial. O segundo estudo foi produzido por Michel McCann e trata do conceito de “legal mobilization”²⁴⁴. O autor demonstra através do estudo de um caso – a luta por igualdade de gênero no mercado de trabalho norte-americano – que a agenda de direitos envolve a manifestação e a participação social. Mais importante, ele demonstra que as ações sociais são um combustível necessário não somente para consolidar vitórias, mas, também, para incitar o avanço dos movimentos sociais. As obras são, portanto, complementares. Aliás, as duas demonstram que o processo de judicialização envolve a existência de interesses em marcha, combinado com a possibilidade institucional de ação.

Uma última perplexidade que seria o papel da legislação simbólica, bem como de disposições constitucionais simbólicas, tal como retratadas por Werneck Vianna, trazidas ao debate pela teoria de Marcelo Neves²⁴⁵. É claro que existe um papel reservado

Assim, após ter sido realizada esta primeira incursão no problema, é possível compreender as enunciações de atores sociais envolvidos com o estudo que é realizado neste

242 No texto já mencionado, Andrei Koerner & Débora traçam críticas ao conceito de judicialização, pois consideram que há um uso social do direito por parte de mobilização política. Desde já deve ser anotado que a crítica possui parte da razão. No entanto, o movimento reivindicativo não teria amparo se estivesse ausente o quadro desenhado por Werneck Vianna e o diagnóstico da judicialização.

243 EPP, Charles R. **The rights revolution: lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective**. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 1998.

244 MCCANN, Michael. **Rights at work: pay equity reform, and the politics of legal mobilization**. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 1994.

245 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

trabalho. O que será descrito nos momentos posteriores é a expansão de uma agenda de reivindicações que tem obtido amparo no mundo jurídico. É também o fortalecimento do papel dos consumidores, o qual tem gerado uma luta árdua tanto para as empresas privatizadas, prestadoras de serviços públicos, quanto para as novas agências reguladoras. Em relação às empresas, esta luta gera críticas de que há inobservâncias da regras, que deveriam ser cogentes, em prol da sensibilidade e da empatia dos julgadores para com os consumidores:

Nós achamos que alguns magistrados estão mais preocupados com não deixar os advogados abusarem do dano moral. É um movimento que ainda está sendo muito falado. Porém, que não está sendo ainda muito praticado. A gente tem questões muito sensíveis como, por exemplo, o furto de energia e de sinal. Nesse tópico, nós entramos novamente na dicotomia entre o Código de Defesa do Consumidor e a regulamentação das agências reguladoras. Você tem uma resolução da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) que dispõe sobre um procedimento administrativo obrigatório. O mesmo ocorre na área de telecomunicações. No caso de constatação de furto, a empresa tem que fazer um termo de ocorrência daquela irregularidade. O cliente pode reclamar da ocorrência. Mas a empresa vai ter que ir lá e cobrar pela energia subtraída, assim como pode ser aberta um inquérito contra o furto de sinal. Então, o cliente entra no juizado especial cível pedindo dano moral com base na alegação de que a empresa o chamou de furtador! O pior é que ele ganha! No caso da energia, a empresa cancela a dívida e, ainda, paga dano moral! Como pode se entender isso? Infelizmente há magistrados que acabam sendo excessivamente sensíveis. Eles acabam ficando ao lado daquele cidadão, naquela hora. Lamentavelmente, porque o cidadão praticou o furto de energia! A capacidade de teatro desses indivíduos de má-fé é tremenda. Parece que quando se fecha a porta da sala de audiência, todos eles viram uns santinhos! E os juizes se deixam enganar²⁴⁶.

O cerne desta ausência de resignação é bastante didático. Como alguém que comete um crime pode ser recompensado pelo cancelamento de débitos e com uma indenização? Afinal, a reclamação é que as normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor estariam sendo usadas de modo a fazer tabula rasa das demais normas jurídicas. Como é possível afastar o direito de ser aplicado? Assim, é possível desdobrar aquela primeira questão – há normatividade intrínseca no Direito? – em duas outras formulações:

- (2) Esta normatividade cogente depende de arranjos sociais e políticos?; e
- (3) Tais arranjos estão relacionados – e de que forma – aos contextos culturais?

O grande problema é que estas perguntas – filosoficamente informadas – não podem ser produtivamente respondidas somente pela Filosofia do Direito. Assim, não é novidade localizar que a normatividade de um sistema jurídico socialmente reconhecido dependa de

246 DÉBORA BRASIL & CRISTINE MARCONDES, advogadas da AMPLA S/A, ex-advogadas da TELEMAR-OI S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 11 set. 2006.

arranjos políticos, cuja eficiência é derivada de um contexto cultural. A noção de “arranjos políticos” pode ser traduzida no termo teórico-jurídico de “regra de reconhecimento”, como na formulação de Herbert L. A. Hart²⁴⁷. Este conceito serve ao propósito de estabelecer uma ponte cognitiva razoável entre os dois campos – Filosofia do Direito e as Ciências Sociais, empíricas – sem que haja necessidade de se apelar para uma ampla abstração, como o conceito kelseniano de “norma fundamental”. A teoria contemporânea do direito começa a desenhar um consenso no sentido de que os contextos interpretativos devem ser levados em consideração dentro de teorias da decisão²⁴⁸. Desta maneira, a compreensão de contextos culturais ganha novamente relevância no debate, reabrindo um necessário diálogo dos filósofos do direito com os analistas sociais e os cientistas políticos. O raciocínio pode, então, ser continuado com a ampliação do problema. Se for relevante localizar a dependência de contextos culturais na efetivação do direito, para estudos sociológicos, há que se encontrar um modo de mensurar ou avaliar o grau de adesão das práticas aos contextos:

- (4) Se há dependência, em que grau ela ocorre?
- (4') Estes contextos possuem algum elemento universal?; e
- (4'') Ou, inversamente, eles são preponderantemente locais?

Estas perguntas são respondidas pelos juristas, de forma doutrinária, por meio de uma crença cultural denominada, no mundo romano-germânico, de dogmática jurídica²⁴⁹. Esta crença contém fortes traços, em princípio, universalistas. No escopo científico, entretanto, tais dúvidas têm orientado um conjunto amplo de estudos comparados no exterior²⁵⁰. Todavia, as respostas existentes ainda têm sido insuficientes para fornecer um quadro analítico claro e evidente do potencial existente na teoria contemporânea do Direito como um meio de

247 O mais importante trabalho do autor é: HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. Um estudo interessante do mesmo autor, sobre teoria do Direito, está em: HART, Herbert L. A. *Visita a Kelsen*. Lua Nova, n.64, pp. 153-177. 2005. Disponível: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n64/a10n64.pdf>

248 Este tema havia sido visitado na conclusão de PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes. Um autor atual, que lida com o tema, é STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis**. Tese de Doutorado em Filosofia, Rio de Janeiro, PUC-Rio, ago. 2005 (Orientador Danilo Marcondes de Souza Filho).

249 RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática Jurídica. In: NOBRE, Marcos (Org). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papius Editora, 2008. p. 301-302.

250 Para um bom exemplo, dentre variados, cf. JACOB, Herbert; BLANKENBURG, Erhard; KRITZER, Herbert M.; PROVINE, Doris Marie; SANDERS, Joseph. **Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective**. New Haven: Yale University Press, 1996.

promoção da democratização social dos países emergentes e especificamente das nações que compõem a América Latina. Este é caso específico também do conceito de judicialização.

Por mais que este conceito contenha o germe analítico - que permite a formação de pautas contextuais como, por exemplo, evidenciar que a dimensão cultural, ao lado de elementos institucionais -, ele não oferece um desenho claro para ser usado de forma mensurável. É evidente, no entanto, que existem levantamentos e estudos orientados com base em tal conceito de judicialização, que têm sido úteis para demonstrar a dinâmica de alterações na cultura jurídica, produzindo mudanças culturais e institucionais. Eles serão relatados posteriormente.

No caso brasileiro, a situação é mais grave porque há uma insuficiência de estudos comparados, que visem responder tais questões. Uma resposta sociológica eficaz, do ponto de vista teórico, deveria expandir-se para ser aplicável em outros contextos além do país onde ela foi gerada. Assim, é importante dimensionar que muitas das questões levantadas nesse presente trabalho têm evidente similaridade com o que está ocorrendo em outros países da América Latina. De acordo com um dos magistrados entrevistados na pesquisa:

Todos os países de primeiro mundo seguem um sentido absolutamente inverso. Há uma preocupação de cada vez mais proteger o consumidor. Até porque, existindo um consumidor cada vez mais forte e amparado, o setor econômico inteiro se desenvolve. É por isso que a nossa Constituição Federal estabelece em seu artigo 170, V, que um dos princípios da ordem econômica constitucional é a defesa do consumidor! Essa luta de empresários privados, atuando junto à ANATEL, aos Ministérios e ao Presidente da República para suprimir Direitos do Consumidor... Isso é a linha inversa da melhor economia. É o que há de mais contrário ao melhor desenvolvimento de um setor produtivo. E ainda fere os direitos fundamentais. É por isso que não concordo nunca com o que tem sido feito nos últimos anos. Há uma semelhança dos procedimentos adotados pelas empresas de telefonia no mundo inteiro, com exceção dos Estados Unidos, até onde eu pude tomar conhecimento, a partir de um congresso na Cidade do México, no qual estive em fevereiro desse ano. A delegação do Brasil apresentou os problemas que nós temos aqui. Ora, coincidentemente eram os mesmos problemas que foram apresentados pela delegação de El Salvador, da Costa Rica, da Nicarágua, do Chile e, também, da Venezuela. A Argentina foi convidada, mas a sua delegação não compareceu. A informação que se tem é que há problemas semelhantes. Então, há uma prática uniforme das empresas multinacionais que atuam no setor de telecomunicações. É um ataque uniforme em termos de alcance aos direitos subjetivos dos cidadãos, independentemente do Estado. Se um Estado protege mais ou menos o consumidor, isso não interessa para as empresas. Elas vão atuar daquele jeito. Então, atualmente há uma tendência internacional de concentração das empresas. Assim, cada vez mais, são poucas as empresas que atuam no setor de telecomunicações no mundo. Há uma desorganização e desinformação entre os Estados. Em síntese, as empresas atuam de forma organizada e coordenada. Os Estados não têm uma organização e coordenação na defesa. É óbvio que as empresas têm vantagem nisso. Eu vejo, nesses colóquios, como os funcionários estatais desconhecem a realidade dos vizinhos. Nós não sabíamos como o México estava envolvido em problemas de telecomunicações. São os mesmo problemas: cobrança indevida, falta de identificação de chamadas, etc. Aqui no Brasil, nós temos o entendimento de que essa assinatura básica é uma cláusula do que é prestado. O que justifica a assinatura

básica é ser um financiamento do risco. Mas porque sempre transferir para o consumidor a responsabilidade do risco empresarial. A atividade empresarial tem que suportar o risco! Não existe atividade empresarial que não tenha risco. Afinal, o consumidor não tem proveito na atividade. Quem tem proveito é o fornecedor. O raciocínio pode ser feito à semelhança. Para resolver o problema, tem de haver uma comunicação mais efetiva entre os usuários, consumidores, do setor de telefonia que hoje atuam no mundo inteiro. O setor de telefonia estabelece uma forma padronizada, em todo mundo. Desconsidera, importunado, os direitos fundamentais. A não ser, excepcionalmente, no caso dos Estados Unidos, onde as empresas não se impõem aos interesses dos consumidores.

A demonstração da presente análise não pretende justificar a existência de um movimento doutrinário de defesa do consumidor. Este intento afastaria a pesquisa do foco inicialmente tratado. No entanto, é importante notar que existem influxos exógenos no debate e que o problema possui contornos internacionais. Para avançar, será realizado o estudo teórico sobre a formação do conceito de judicialização (2.1), bem como apresentadas as críticas levantadas contra este na forma dos conceitos de juridicização e de politização do Judiciário. Depois, será realizado um inventário de algumas apropriações conceituais realizadas por autores latino-americanos, para demonstrar como o conceito de judicialização está firmado em definitivo no horizonte dos analistas sociais, a despeito das críticas. Posteriormente, será resgatado o debate nacional para demonstrar que a apropriação realizada no Brasil é satisfatória para utilização empírica deste conceito em uma empreitada que vise compreender o sistema jurídico-institucional brasileiro em uma perspectiva comparada. Ao fim, serão examinados dois conjuntos de casos que ajudam a demonstrar as lutas judiciais em prol – ou contra – determinadas políticas públicas na área de telecomunicações. O primeiro conjunto relaciona ações diretas de inconstitucionalidade, ajuizadas contra a privatização das telecomunicações e a formação das agências. O segundo se compõe de mandados de segurança dirigidos pelas operadoras de telecomunicações contra o recolhimento de contribuições ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST).

4.2 O conceito de judicialização da política e suas críticas

O debate sobre a relação entre o Poder Judiciário e os demais conjuntos do sistema político sempre foi pouco analisado pela literatura da ciência política. Em um período recente, surgiram diversas pesquisas para suprir tal lacuna, dentre as quais se destacam os estudos

sobre “ativismo judiciário²⁵¹”. Uma destas ramificações foi oferecida pelo conceito de judicialização da política, fixado por Tate & Vallinder²⁵². Este conceito gerou diversas análises derivadas, tendo sido amplamente absorvido na teoria social da América Latina. A partir do seu uso continuado, diversas críticas, no entanto, lhe foram dirigidas. Elas buscavam demonstrar a sua insuficiência analítica para explicar a complexidade do processo político contemporâneo, que recolocou o Poder Judiciário no centro do debate. Nesta parte será realizada uma síntese do conceito original, tal como formulado pelos dois autores, bem como serão expostos dois conceitos construídos como objeção (juridicização e politização do Judiciário). Ao fim desta parte, será indicado que o conceito possui capacidade explicativa, como demonstram os vários diagnósticos empreendidos em países da América Latina. A conclusão do trabalho segue o mesmo sentido. O problema conceitual passa pela definição de um instrumental analítico capaz de mensurar, claramente, as condicionantes culturais do processo de judicialização, bem como separá-las, na medida do possível, dos elementos institucionais.

4.2.1 O conceito de judicialização, em Tate & Vallinder (1995)

No campo da teoria política, o conceito foi indubitavelmente firmado na literatura por Tate & Vallinder²⁵³. A formulação deles expressa um processo político que atingiria as democracias contemporâneas, em geral, e teria dois vetores, em tradução livre²⁵⁴:

251 HOLLAND, Kenneth M (Ed.). **Judicial activism in comparative perspective**. New York, NY: St. Martin's Press, 1991.

252 TATE, C. Neal (Ed.); VALLINDER, Törbjorn (Ed.). **The global expansion of the judicial power**. New York, NY: New York University Press, 1995.

253 TATE, C. Neal (Ed.); VALLINDER, Törbjorn (Ed.). **The global expansion of the judicial power**. New York, NY: New York University Press, 1995. Um modelo alternativo foi produzido por Stone Sweet, cf. STONE SWEET, Alec. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

254 No original: “The process by which courts and judges come to make or increasingly dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies; and the process by which non-judicial negotiating, and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures.”. Extraído de TATE, C. Neal (Ed.);

(a) O processo pelo qual os tribunais e magistrados dominam, ou tendem a dominar, a produção de políticas públicas que eram previamente realizadas por outras instituições [agencies] governamentais (ou, ainda, quando era amplamente aceito que elas deveriam sê-lo); e

(b) O processo pelo qual negociações não-judiciais, bem como espaços decisórios, tendem a ser dominados por regras e procedimentos quase-judiciários (legalismo).

O primeiro vetor claramente indica a formação de políticas públicas por meio do aparelho judiciário. Neste sentido, ele explicita a ocupação de um novo espaço deliberativo sobre questões sociais pelos tribunais. Elas, outrora, eram entendidas somente como questões políticas. São decisões que eram tomadas por outras esferas e, por diversos motivos, levadas a termo através de processos judiciais. O interessante é que os dois vetores podem ser decompostos na chave sociológica do direito de Max Weber²⁵⁵.

O primeiro vetor possibilita a localização de uma materialização do direito, pelo fato do Poder Judiciário ver-se obrigado a decidir substantivamente acerca de matérias que não lhe eram tradicionalmente relacionadas.

O segundo vetor demonstra a expansão simbólica e prática dos procedimentos tipicamente judiciais em diversas esferas da vida políticas que eram infensas a eles. A dimensão simbólica pode ser expressa por um predomínio de questões procedimentais, que avança, na prática, no modo como são conduzidos os debates e definidos os ritos para a formação deliberativa dos resultados. Assim, a dimensão simbólica atua como um catalisador para a formação de práticas quase-judiciais em espaços que não eram ritualizados. De tal maneira, no segundo vetor, o mundo social e político são induzidos a se orientar por procedimentos. Esta expansão do direito formal tem como horizonte o direito vigente, obviamente. Não é a formação de uma esfera pluralista, apesar desta possibilidade não estar inscrita na teorização dos autores. Ela contribui para a erosão do formalismo lógico, porque obriga a adaptações parciais de campos do mundo jurídico. Em última instância, este

VALLINDER, Törbjorn (Ed.). **The global expansion of the judicial power**. New Yor, NY: New York University Press, 1995.

255 A Sociologia do Direito de Max Weber está na obra “Economia e Sociedade”. Cf. WEBER, Max. **Economia y Sociedad: esbozo de Sociologia comprensiva**. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1999. Um trabalho relevante sobre este tema pode ser acessado em: COUTU, Michel. **Max Weber et les rationalités du droit**. Paris: LGDJ, 1995.

fracionamento procedimental pode gerar diversas trilhas rituais paralelas para matérias assemelhadas, o que significaria materialização do direito.

É importante ressaltar que este conceito foi recebido para diagnosticar tanto o incremento da importância dos aparelhos judiciários enquanto espaço político, quanto a sua expansão simbólica. Na convergência destes dois vetores, alguns autores mencionaram como fator causal, a expansão do processo de revisão constitucional das leis (“judicial review”). Esta expansão estaria em curso, de acordo com a tradição norte-americana, mesmo em países onde tal modelo não estava presente, como a França. Para Tate & Vallinder, os fatores condicionais, são:

- (a) Expansão democrática;
- (b) Separação de poderes;
- (c) Política em prol de direitos;
- (d) Uso dos tribunais por grupos de interesses;
- (e) Uso dos tribunais por oposições políticas;
- (f) Instituições políticas ineficazes para definição da vontade da maioria (“majoritarian institutions”);
- (g) Percepção negativa das instituições de produção de políticas públicas; e
- (h) Delegação de responsabilidade por parte das instituições para definição da vontade da maioria (“majoritarian institutions”).

Estes dois vetores são beneficiados, na exposição dos autores, pela ocorrência tanto de fatores institucionais, quanto de causas culturais. Os dois tipos de influxos (institucionais e culturais) estão misturados. Na realidade vivenciada, é claro que eles estão. Porém, do ponto de vista analítico, é importante produzir um modelo teórico que possa efetuar tal separação, mesmo que haja certa redução. Esta listagem de fatores poderia ser expandida a partir de um trabalho anterior, efetuado por Holland²⁵⁶, cujo tema versava sobre ativismo judicial. Todavia, os elementos já indicados por Tate & Vallinder são suficientes para indicar fontes empíricas para o processo de judicialização. Em suma, o conceito de judicialização descreve um processo social. É um diagnóstico de transição no relacionamento entre o Poder Judiciário e os outros dois poderes estatais. A questão central é se ele pode ser transformado em um conceito para aferição ou se será apenas utilizável como um rótulo geral – plástico, de certa

256 HOLLAND, Kenneth M. **Judicial activism in comparative perspective**. New York, NY: St. Martin's Press, 1991.

forma – para construção de uma narrativa contemporânea. Outras versões derivadas do conceito auxiliam a demonstrar este problema, como será tratado em seguida.

4.2.2 O conceito de juridicização

A noção de juridicização precede o desenho do conceito de judicialização de Tate & Vallinder. Ele é menos elaborado, formando uma designação com um alcance maior (mais ampla, pois), porém dotada de menor precisão. Existem duas linhas de interpretação deste conceito:

- (a) expansão, reconstrução ou criação de esferas jurisdicionais para resolução de conflitos; e
- (b) expansão da lógica sistêmica do direito em relação aos demais sistemas sociais.

Na primeira linha, ele corresponderia à identificação da transferência prática de capacidade legiferante do poder legislativo para os tribunais em um escopo amplo. Deste modo, ele meramente constituía a localização da emergência de novas jurisdições, ou, ainda, a reinvenção de jurisdições antigas. Não é por outra razão que os estudos de Direito Internacional sobre a Organização Mundial do Comércio (“World Trade Organization”) ainda se baseiam neste conceito para explicar a expansão daquela organização como um quase-tribunal internacional²⁵⁷. O mesmo vale para o Tribunal Penal Internacional e sua institucionalização, no contexto da denominada “justiça transicional²⁵⁸”. Pelo mesmo sentido, os estudos sobre novas jurisdições constitucionais na Europa oriental²⁵⁹ ou, sobre a

257 DEZALAY, Yves. The big bang and the law: the internationalization and restructuring of the legal field. *Theory, Culture & Society*, v. 7, n. 2, p. 279-293, 1990. Ainda, cf. DEZALEY, Yves (ed.); GARTH, Bryant G. (ed.). **Global prescriptions: the production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy**. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press, 2002.

258 TEITEL, Ruti, The law and politics of contemporary transitional justice. *Cornell International Law Journal*, v. 38, p. 837-862, 2005.

259 SCHIEMANN, John W. Explaining Hungary’s powerful Constitutional Court: a bargaining approach. *European Journal of Sociology*, n. 42, p. 357-390, 2001.

reinvenção de jurisdições pré-existentes, como o Tribunal Federal Constitucional alemão²⁶⁰, bem como a Corte Constitucional francesa e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Este conceito pode ser sintetizado como a tentativa de compreender a expansão de regulação – estatal e não-estatal – em esferas das quais ela era apartada. Em síntese, esta leitura ampla do conceito significa um alargamento da noção ampliada de jurisdição para as relações econômicas, sociais e políticas.

A outra vertente conceitual foi formulada por Günther Teubner e representa um conceito geral para a análise da expansão do Estado Providência no mundo europeu²⁶¹. Ele está relacionado com um quadro conceitual específico da teoria social daquele autor e seu debate com a teoria de Niklas Luhmann²⁶². Esta teoria geral está relacionada com a crise de um modelo de Estado e de organização jurídica. A sua possível retirada de tal contexto faria com que ele perdesse o seu poder explicativo, que serve ao diagnóstico da emergência de um novo padrão jurídico diferenciado no final do século XX, em sua adaptação às demais necessidades sociais e estatais. O relevante aqui é que o ponto nodal da mudança está localizado no sistema de direito (“Law”); e não no sistema judiciário (“Judicial Power”).

Outra opção conceitual, mais recente e que expande um sentido de juridicização próximo ao de Teubner, porém com um objetivo mais pragmático / analítico, é o conceito de legalização (“legalization”). Ele foi utilizado por Varun Gauri & Daniel Brinks em um recente estudo comparado, produzido para o Banco Mundial, sobre a tutela dos direitos sociais em diversos países em desenvolvimento²⁶³. O objetivo dos autores não é localizar imediatamente a relevância dos processos judiciários na definição das políticas públicas. Ele prima por fornecer um modelo mais amplo para enquadrar a luta pela distribuição de bens públicos por meio do judiciário, ou seja, pela tutela judicial dos direitos sociais. O foco é entender como os processos políticos e sociais vêm sendo transformados em pautas primariamente jurídicas e, conseqüentemente, judiciárias:

260 LANDFRIED, Christine. Judicial policy-making in Germany: the Federal Constitutional Court. *West European Politics*, n. 15, p. 50-67, 1992.

261 PEREIRA DE MELLO, Marcelo. Sociologias do direito: historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica. *Revista de Sociologia e Política*, n. 25, p. 153-169, nov. 2005.

262 Um importante trabalho de discussão sobre a aclimação da teoria de Luhmann no Brasil está em: NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, já referido.

263 GAURI, Varun (Ed.); BRINKS, Daniel (Ed.). **Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

O produto deste processo de quatro estágios é o que chamamos de legalização da política em uma área específica de políticas públicas. Entendemos a legalização das políticas públicas como sendo a medida na qual os tribunais e os advogados, incluindo promotores de justiça, se tornam atores relevantes, bem como a linguagem e categorias jurídicas tornam-se conceitos importantes, para a produção dessas políticas. A legalização neste sentido é um conceito auto-evidente e contínuo; geralmente é difícil mensurá-lo com qualquer grau de precisão. Porém, esta definição é ampla o bastante para englobar o que é mais interessante sobre o papel do Direito e dos tribunais nas arenas de políticas públicas; assim, como é preciso o bastante para guiar a nossa pesquisa²⁶⁴.

Todavia, se já existem críticas ao conceito de judicialização, que permitem enxergar a separação razoavelmente clara entre os condicionantes institucionais e os catalisadores culturais, indubitavelmente a precisão analítica da noção de juridicização, ou de legalização, é menor. Portanto, o uso do primeiro conceito ainda é preferível em relação a ambos, em que pese a boa apropriação do último para a construção de uma análise específica. Outra crítica relevante foi dirigida ao conceito de judicialização por meio da noção de politização do Poder Judiciário. Obviamente, este conceito contém uma carga normativa, que pressupõe uma função “natural” não-política do aparelho judiciário. O conceito de judicialização coloca em cheque tal entendimento que, nos dias de hoje, dificilmente seria aceito. Embora tanto o sistema jurídico quanto o sistema político sejam relativamente autônomos, tal separação nunca seria absoluta.

4.2.3 O conceito de politização do Judiciário

O conceito de politização do Judiciário pode ser indicado como derivado do debate sobre judicialização da política. O exemplo é o estudo realizado por Maria Teresa Sadek, no

²⁶⁴ Tradução livre do seguinte original: “The product of this four stage process is what we will falta um verbo?the ‘legalization’ of policy in a particular policy area. We understand policy legalization to be the extent to which courts and lawyers, including prosecutors, become relevant actors, and the language and categories of law and rights become relevant concepts, in the design and implementation of public policy. Legalization in this sense is self-evidently a continuous concept, and quite often a difficult one to measure with any degree of precision, but this definition is broad enough to capture most of what is interesting about the role of law and courts in the policy arena, and yet specific enough to guide our inquiry”. Cf. BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Embedded courts, dialogical rulings: The political logic of judicial enforcement of social and economic rights. Joint Annual Meeting of the Law and Society Association and the Canadian Law and Society Association, May 29 to June 1, 2008, Montréal, Canada, p. 4.

IDESP, sobre as atitudes e percepções dos magistrados sobre a reforma do Poder Judiciário²⁶⁵. A conclusão da autora é que, de acordo com a resposta dos juízes, havia um incremento da politização daquele conjunto de servidores. Tal politização seria um dos elementos culturais aferíveis para compreender a judicialização da política brasileira. Ela foi baseada em um “survey” com magistrados. A pesquisa aproveitou o primeiro mapa realizado por Werneck Vianna et alli sobre o perfil dos magistrados brasileiros²⁶⁶. Naquela pesquisa, os juízes identificaram o Poder Judiciário como “não-neutro” em relação à mudança social e à justiça substantiva, na proporção de 82,9% para 17,1%, cuja indicação foi de neutralidade daquele Poder. Este dado foi expandido para construção de novas questões sobre a politização do Judiciário. A tabela 7, da referida pesquisa, indica os dados derivados da seguinte pergunta:

Argumenta-se, no sentido oposto, que também o Judiciário se “politizou” muito nos últimos anos, o que faz com que por vezes as decisões sejam baseadas mais nas visões políticas do juiz do que em uma leitura rigorosa da lei. Em sua opinião com que frequência isso ocorre?

O ponto central é que as perguntas deste “survey” do IDESP eram baseadas numa escala de cinco níveis: “muito freqüentemente”, “freqüentemente”, “ocasionalmente”, “raramente” e “nunca”. A pesquisa, em si, não possui problemas. A questão objetável diz respeito à interpretação dos dados. Ela pode ser criticada pela incidência de um viés que é típico das perguntas de questionários fechados, a agregação das respostas recebidas nas escalas. Nesta reorganização de categorias, dada a ambiguidade da escala do centro (“ocasionalmente”), é possível indicar tanto a existência de uma maioria de respondentes que consideram existir politização, quanto o contrário. O problema de cálculo é definir o que significa “ocasionalmente”. Não há problema em localizar que as duas primeiras respostas indicam “sim” (“muito freqüentemente” e “freqüentemente”), assim como a última resposta significa “não” (“nunca”). O grande problema é onde haverá aderência do “ocasionalmente” e do “raramente”. No caso do último (“raramente”, podemos incluí-lo como um “não” receoso. Analisando a tabela abaixo, com as duas interpretações possíveis, chegamos ao epicentro da crítica.

265 SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, v. 10, n. 1, pp. 01-62, 2004.

266 WERNECK VIANNA, Luiz; REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo B. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

Quadro 24 – Politização judiciária segundo pesquisa de Sadek (2004)

		Há politização do Poder Judiciário?			
		Agregação em prol da resposta: “há politização, sim”.		Agregação em prol da resposta: “não há politização”.	
Muito frequentemente	3.9 %	Sim	74,3 %	Sim	24,1 %
Frequentemente	20.2 %	Sim		Sim	
Ocasionalmente	50.2 %	Sim		Não (receoso)	
Raramente	20.0 %	Não	24,7 %	Não	74,9 %
Nunca	1.9 %	Não		Não	
Não sabe, sem opinião, ou não respondeu	2.8 %	Não		Não	

Nota: a tabela original totaliza 99 % e não 100 %.

A interpretação dada, no momento de exposição dos dados, foi no sentido de que os magistrados haviam assumido a politização como um processo atual e em marcha. Deve ser frisado que a categoria “ocasionalmente” (pouco freqüente) foi lida no sentido “preto e branco” de que há politização do Judiciário (que é um fenômeno) e dos juízes (que é outro fenômeno):

É notável que quase $\frac{1}{4}$ dos entrevistados reconheçam que “muito frequentemente” e “frequentemente” decisões refletem a visão política dos magistrados. A metade afirma que isso só ocorre “ocasionalmente” – o que não deixa de ser uma admissão da influência da visão política sobre as decisões. Observe-se que apenas 1,9 % dos que se manifestaram disseram que tal reflexo “nunca” ocorre²⁶⁷.

Em síntese, podem ser indicadas duas objeções. A primeira é que a pesquisa confunde os respondentes ao não diferenciar o sistema judiciário da função judiciária (o juiz, especificamente). É possível que um magistrado considere que o Poder Judiciário, como um sistema, esteja se politizando. Todavia, talvez ele discorde de que sua ação judicante específica seja política, pura e simplesmente. A segunda crítica é fortemente relacionada com a primeira. A resposta para a pergunta deve ser inferida das ações observadas, para além das opiniões dos atores. Assim, pesquisas de opinião com magistrados são úteis, porém limitadas para esclarecer se há politização do sistema, ou não.

O mesmo conjunto de dados, desta pesquisa do IDESP, foi utilizado por Armando Castelar-Pinheiro para concluir que os magistrados estavam se afastando de uma visão relacionada com o marco legal, ao passo em que se permitiam decidir com base em elementos

267 SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: perspectivas de reforma, Opinião Pública, v. 10, n. 1, p. 45.

subjetivos, como suas próprias visões de justiça substantiva²⁶⁸. Este conceito de justiça substantiva foi extraído e expandido da categoria indicada por Werneck Vianna et alli, no já citado estudo seminal²⁶⁹. Ele partilha dos mesmos problemas interpretativos que existem no estudo de Sadek²⁷⁰. Todavia, ainda, podemos indicar que a análise de Castelar-Pinheiro pode ser objetada por não ter buscado diferir – de forma densa, do ponto de vista cultural – uma decisão “informada juridicamente” de uma decisão “baseada em critérios substantivos de justiça”. Neste sentido, ele possui duas narrativas abstratas – e não descritas – do que seria uma decisão judiciária. O foco, dirigido para a opinião dos atores, encobriu a ação destes, que não foi analisada; e, sim, pressuposta.

O conceito de “politização do judiciário” também foi mencionado por Boaventura de Sousa Santos et alli, em um grande estudo sobre o Poder Judiciário português²⁷¹. No capítulo inicial deste trabalho, foi realizado um inventário das teorias disponíveis para análise do judiciário. Um ponto inovador deste capítulo foi buscar a adaptação do debate internacional, usualmente referido ao quadro europeu e norte-americano, para Portugal e para o Brasil. O autor inicia com a menção do protagonismo judiciário, donde ele expande ao processo de judicialização, na forma como é indicado pela literatura internacional. Mas Boaventura trata também de um processo conexo à judicialização, que seria a politização do judiciário. Inicialmente, seria uma forma de indicar os riscos da judicialização. O maior risco indicado por Boaventura é a possibilidade de que o corporativismo judiciário use o incremento de suas competências para ampliar vantagens funcionais (privilégios), em vez de auxiliar no processo de democratização das sociedades latino-americanas. Entretanto, há elementos para indicar a necessidade de controle ou pressão social como parte do processo de politização. Este conceito foi enunciado novamente em uma palestra realizada no Ministério da Justiça, no Brasil. Numa resposta, o autor indicou a ação de grupos sociais como necessária para avançar

268 Castelar-PINHEIRO, Armando (Org.). **Reforma do Judiciário: problemas, desafios, perspectivas**. Book Link, 2003.

269 WERNECK VIANNA, Luiz; REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

270 SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, v. 10, n. 1, p. 01-62, 2004.

271 SOUSA SANTOS, Boaventura; LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

a agenda progressista, tendo em vista a inexorável existência de lutas políticas que envolvem o direito:

No Brasil de hoje estamos longe dessa situação [de apatia no sistema jurídico, como no Chile, do final da década de 70]. Há, de fato, uma luta para modificar a Constituição de 1988, mas há igualmente, no terreno, forças sociais, movimentos sociais, organizações sociais, que não vão deixar que isso ocorra de uma maneira muito fácil. Sem essa mobilização política, não haverá mobilização jurídica. [...] É isto a que eu chamo de mobilização política do Judiciário. Já vimos que se não houver uma pressão de baixo, a tentação positivista e individualista terá a primazia, para o que conta, aliás, com a conivência das pressões internacionais²⁷².

Podemos expressar uma tradução razoável deste termo pelos trabalhos de Ran Hirschl²⁷³. O país daquele analista, Canadá, sofreu uma expansão recente do processo de judicialização da política. Tal processo está relacionado no contexto canadense com a formação de um “Bill of rights”. Desta forma, a sua Suprema Corte tem experimentado uma ampliação sensível de suas funções. Para o autor, o processo apresenta – no caso do Canadá e de outros países – o risco de uma “juristocracia”, que vem a ser a politização do Judiciário, como uma característica negativa. Outro exemplo, que segue sendo citado como problemático, é a possibilidade de partidarização das cortes superiores, por meio dos processos políticos de indicação (“appointment”) dos magistrados.

O problema deste conjunto de usos é o risco das inflexões normativas. Isto ficou bastante claro com o trabalho de Castelar-Pinheiro²⁷⁴. Novamente, a dificuldade de separar os elementos causais e condicionais nos vetores culturais e institucionais faz com se considere que a opinião, ou percepção, seja a expressão da prática, no cotidiano das instituições.

O problema destas variações é que elas explicam questões pontuais relacionadas com nuances, em casos específicos; ou, ainda, indicam análises normativas sobre os processos em curso. Consequentemente, não servem de alternativa para refinar o conceito de judicialização, nem para substituí-lo. Em síntese, ele segue com possibilidade de capacidade explicativa, apesar da polissemia e de utilização diversa que lhe tem sido dada. Um exemplo é o trabalho

272 SOUSA SANTOS, Boaventura. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez Editora: 2007, p. 94-95.

273 HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts, v. 11, p. 93-118, 2008. Também, cf. HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006.

274 Castelar-PINHEIRO, Armando (Org.). **Reforma do Judiciário: problemas, desafios, perspectivas**. Book Link, 2003.

realizado por Rios-Figueroa & Taylor²⁷⁵. Neste estudo, os autores avaliam como existem condicionantes institucionais para a emergência do estado de judicialização da política no México e no Brasil, em perspectiva comparada. Aliás, o quadro da América Latina, em geral, indica que o uso do conceito de judicialização foi bem aclimatado e encontrou relevância explicativa nestes países, em especial, no caso brasileiro. Este estudo, aliás, bem como outros, demonstra que o uso do conceito de judicialização ainda é preferível em relação aos seus conceitos alternativos.

4.2.4 Duas críticas: inutilidade conceitual e substituição funcional da política

Existem duas críticas que devem ser relacionadas para finalizar este inventário acerca do tratamento dado ao conceito de judicialização e seus congêneres. O primeiro é indicado pela crítica desferida por Koerner, em debate realizado na Unicamp e na Universidade Federal Fluminense. Este autor indicou, preliminarmente, que tal conceito tem sido apropriado pelo senso comum em grande parte para qualificar um discurso de defesa do Poder Judiciário. Desta forma, tal uso evidencia a perda de sua função analítica – o que é verdade – e encontra amparo no diagnóstico de Maciel & Koerner²⁷⁶. Neste caso, o conceito não serviria à compreensão das instituições políticas, pois ele seria usado pelos atores para modificá-las. A crítica conceitual, produzida por ele, não tem como objeto tal uso, entretanto. Isto seria inútil, por motivos óbvios. A sua crítica é dirigida para o uso analítico que tem sido feito pelos vários cientistas sociais que se dedicam ao tema, atualmente. O foco da crítica é, portanto, o conceito de Tate & Vallinder, que é considerado abrangente demais, por incluir sob o mesmo signo a visualização analítica de fenômenos diversos. Ele segue o mesmo compasso do que foi afirmado em texto anterior, produzido em co-autoria por ele:

Embora possam constituir um ponto de partida útil, essas formulações não nos parecem constituir base suficiente para a formulação de problemas de pesquisa

275 RIOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew. M. Institutional determinants of the judicialisation of policy in Brazil and Mexico. *Journal of Latin American Studies*, v. 38, p. 739-766, 2006.

276 MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova. Revista de Cultura e Política*, São Paulo, v. 57, p. 113-133, 2002.

empírica sobre as instituições judiciais. Em especial, é preciso tratar o tema das relações entre Judiciário e política na democracia brasileira sem o recurso ao conceito pouco preciso, mas de rápida circulação pública, de judicialização da política. Há, pois, espaço para conceitos mais específicos para a elaboração de problemas de pesquisa. No plano macro-institucional, seria o caso de avaliar o papel das instituições judiciais no conjunto de transformações do Estado brasileiro, nas duas últimas décadas, centrando a atenção no pathos histórico desse conjunto, assim como na dinâmica organizacional das diversas burocracias que compõem o sistema judicial. É essencial considerar a crise do Estado desenvolvimentista e seu complexo corporativo de representação de interesses, além das tensões entre o modelo da Constituição de 1988 e o das reformas constitucionais posteriores, cujo sentido foi o de mudar o marco das relações entre os Poderes e destes com a sociedade. No plano social, as transformações poderiam ser abordadas de uma perspectiva construtivista, atenta para as formas de normatividade social elaboradas por atores coletivos²⁷⁷.

Assim, para efetivar tal crítica, o autor dividiu o conceito em quatro possíveis campos de incidência da relação possível entre a vida política e o sistema judiciário:

- (1) O conceito poderia demonstrar a interferência do Poder Judiciário na modificação das regras do jogo político, o que os anglófonos designam por “polity”. Assim, em vez do sistema político estabilizar tais regras, estas seriam preponderantemente fixadas pelo ator judicial.
- (2) Também poderia servir para demonstrar a interferência judiciária na formação das políticas públicas (“policies”). A construção e modificação de tais políticas é atribuição dos outros dois poderes. Logo, o novo fenômeno seria a iluminação desta nova função.
- (3) O conceito poderia evidenciar que o Poder Judiciário é um ator político. Neste papel, ele começa a atuar da mesma forma que os outros, na ação política cotidiana; o termo da língua inglesa que denomina esta seara é “politics”.
- (4) Por fim, a última função analítica seria a compreensão do uso político do Poder Judiciário. Esta talvez, na opinião do autor, seja a única onde há alguma possibilidade de formulação. É algo que a literatura norte-americana denomina “social use of Law” ou “legal mobilization”. Este uso delimita a utilização dos tribunais por diversos grupos de interesses para o avanço da sua agenda política. Um exemplo histórico seria a luta da American Civil Liberties Union (ACLU) e de outras associações em prol dos direitos civis nos Estados Unidos da América, notadamente no caso da igualdade racial.

277 MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Lua Nova. Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 57, p. 113-133, 2002.

Desta maneira, ele indicou que os quatro campos não são aclarados pelo conceito de judicialização da política, por sua excessiva abrangência e pelo que segue:

(1') A definição final das regras do jogo ("polity") pelo ator judicial é uma atribuição do sistema político. Consequentemente, é pouco razoável considerar que tal função seja continuamente tolerada sem que haja apoio dos outros "players" do sistema político. Ademais, tal função não é novidade e constitui a marca dos sistemas políticos modernos, dotados de "judicial review".

(2') Ele também poderia servir para demonstrar a interferência judiciária na formação das políticas públicas ("policies"). Todavia, esta "interferência" faz parte do desenho institucional que assegura a proteção de determinados direitos (individuais, coletivos e difusos) pela via judicial. Assim, seria insensato considerar que o Poder Judiciário desempenha o papel de influenciar as políticas públicas, exatamente porque tem esta competência, quando há infração aos direitos.

(3') Que haja novidade na imersão do Poder Judiciário no jogo político, isto seria algo pouco razoável, também. Algumas decisões judiciárias podem ser entendidas como tendo claras consequências políticas, independentemente do interesse dos magistrados que as decidem. Todavia, se esta for a perspectiva utilizada, obviamente, o Judiciário possui peso político e participa do jogo político ("politics"). Se a questão estiver dirigida para a formação de maiorias ou domínio do governo, o Judiciário pode influenciar; mas não produz "politics".

(4') O uso dos tribunais por grupos de interesses ("legal mobilization") seria algo diagnosticado, e não apresentaria novidades. Não seria um fenômeno novo. Em determinados momentos históricos, a via judicial seria mais evidente e utilizada. Em outros, a luta extrajudicial ganharia mais espaço. Todavia, este conceito possuiria uma maior precisão por somente focalizar o uso do Judiciário em movimentos de reivindicação de direitos.

O que pode ser depreendido é que a sua conclusão está baseada na noção de que o sistema judiciário obviamente é parte do sistema político. No evento da UFF, Koerner indicou que, historicamente, existem momentos onde há uma maior importância da arena judiciária, como local de solução de conflitos políticos, e fez remissão à sua dissertação de mestrado

sobre o “habeas corpus” na República Velha²⁷⁸. Indicou também que existem momentos em que os grupos de interesse se utilizam dos tribunais para fazer avançar a sua pauta de reivindicações, no contexto de uma estratégia política mais ampla. Em síntese, o autor se mostrou bastante cético com o diagnóstico de que o Poder Judiciário esteja tendo prevalência sobre os outros dois Poderes republicanos, no caso brasileiro. Para ele, o Poder Judiciário é uma parte do sistema político, como os outros poderes. O que ocorreria não seria a judicialização da política, mas, sim, uma nova conformação da maneira de agir da vida política.

Uma crítica à perspectiva de Koerner pode ser feita a partir da indicação de que ele reduziu conceitualmente as decisões judiciárias ao mesmo patamar das decisões políticas. Este é o primeiro passo feito por Tate & Vallinder, aliás. No momento em que Koerner construiu uma equivalência funcional – ou, talvez, uma ausência de diferenciação substantiva – como pressuposto analítico, ficou evidente que não existe judicialização. Para realizar este intento, ele apenas ignorou todo o debate da moderna teoria do Direito, em sua conexão com a teoria política. Desta forma, construiu uma perspectiva externa, que indica o Poder Judiciário como uma parcela do sistema político. No mesmo passo, indicou a necessidade de estudos empíricos; o que é correto e contém a possibilidade de ampliar o debate. Todavia, a perspectiva de Koerner não tem a capacidade intrínseca de resolver imbrólios e preconceitos teóricos por si só.

No início da presente comunicação, o problema contemporâneo da teoria do Direito foi indicado de forma sucinta e clara. Ele está fortemente relacionado à possibilidade de construção de um método interpretativo – razoavelmente parametrizado e socialmente aceito – que sirva para fixação de referenciais para as ações sociais em uma seara diferenciada funcionalmente. Ademais, tem por base o que é percebido socialmente como “direito”. Tal construção precisa de relativa autonomia, portanto, das decisões políticas. Isto desemboca no dilema político de uma legitimidade específica do Direito em relação à Política, o que é um tema clássico do constitucionalismo moderno. Ao contrário, se a pista de Koerner fosse seguida e o sistema judiciário fosse entendido como parte do sistema político, sem especificidade, haveria o desaparecimento desta tarefa do Judiciário: a busca de um quadro que sirva de referência para ações sociais, separada funcionalmente da via política. Ter-se-ia

278 KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira**. São Paulo: HUCITEC, 1998.

anulado funcionalmente a diferença entre Direito e Política. Portanto, ter-se-ia também liquidado – previamente, do ponto de vista analítico – a compreensão de que os atores sociais entendem as decisões políticas como baseadas em uma fonte de autoridade e legitimidade diversa das decisões judiciárias. Será que esta pressuposição analítica seria razoável para fundar uma base teórica?

A justificativa poderia ser analítica. A análise somente tem como foco a compreensão do significado político do mundo judiciário. De certa forma, tal justificativa pressupõe a perspectiva de que somente uma análise externa pode ser isenta; o que é correto no cânone científico. O problema é que, a partir de tal suposição, é entendido que uma construção analítica do direito, pela teoria do Direito, é legitimamente desprezada por possuir um olhar “interno”. É negada a possibilidade de uma análise jurídica com o mesmo rigor das demais Ciências Sociais. Cabe frisar que o argumento de que existe a apropriação, cotidiana e equivocada, dos conceitos analíticos para a seara política - ou da prática jurídica - não invalida a possibilidade de uma análise rigorosa com base na teoria do Direito. Seria o mesmo que condenar, de forma vaga e imprecisa, a “Ciência Política” pelo aviltado uso de seus conceitos por parte de atores sociais na vida cotidiana.

A outra perspectiva crítica é introduzida por Júlio Aurélio Vianna Lopes²⁷⁹. Se Koerner não crê que haja utilidade no conceito de judicialização da política, para ele, o fenômeno contemporâneo é o deslocamento da política em relação ao direito, o que exigira outro conceito. É uma distinção sutil, porém relevante. No entendimento deste autor, o Judiciário não se torna um ator especial para produção da política. O direito – em sentido mais amplo, ou seja, como referência subjetiva da sociedade – ocupa o lugar da política. O diagnóstico de Vianna Lopes se nutre de autores que escrevem sobre a diminuição do vigor da política para transformação do mundo social. Para ele, este quadro demonstra que as referências programáticas, contidas nas interpretações constitucionais, ocupam o espaço de bandeiras políticas. Ao invés de lutas políticas em prol de direitos, teríamos um incremento das lutas jurídicas em prol dos direitos.

Apesar do “insight” do autor, não são produzidas evidências na quantidade e na qualidade que justifiquem o abandono do quadro teórico de Tate & Vallinder em prol de uma “invasão do direito” ou de uma “juridificação da política”. Entretanto, o aporte serve como

279 Vianna Lopes, Julio Aurelio. **A invasão do direito**. Rio de Janeiro, FGV, 2005.

mais uma adição de luz sobre um fenômeno que precisa de mais estudos empíricos para se compreendido.

Feito este resumo sobre o estado da literatura, vale indicar que o uso do conceito de judicialização foi razoavelmente aclimatado no sentido de indicar, de forma razoavelmente precisa, um processo social em curso. Abdicar do refinamento de tal conceito para outras soluções, como juridicização – relacionada com uma narrativa, no arcabouço sistêmico de Teubner – ou legalização, como uma redução excessiva do conceito inicial, seria um equívoco. O ideal é continuar o caminho em prol de um modelo mais refinado na separação entre os elementos culturais e institucionais em uma quadra mais definida, para evitar que o contexto cultural seja um definidor do processo, como está presente em Couso. Ou, ainda, para evitar narrativas simplistas de engenharia institucional que sobrevalorizam a capacidade de uma mudança legal para fomentar uma alteração desejável.

A próxima parte do presente capítulo focalizará dois conjuntos de casos que demonstram como houve insurgência e participação na arena judicial em temáticas relacionadas com o setor de telecomunicações.

4.3 A luta no Supremo Tribunal Federal contra as mudanças no setor de telecomunicações e contra o conceito de regulação econômica

O estabelecimento de uma reordenação na produção econômica a partir das privatizações tem sido um processo difícil. Isso é explicável tanto pela complexidade do sistema político brasileiro, quanto pela dificuldade intrínseca de reorganizar interesses econômicos e sociais no novo contexto democrático brasileiro. A tradição jurídica brasileira também tem protagonizado um papel relevante nesse conjunto de dificuldades. De outra forma, não se poderia entender como foram ajuizadas diversas ações para evitar a efetivação desse novo panorama no Direito Administrativo e na gestão econômica. Um dos entrevistados relatou essa questão:

O processo de privatização foi um trator, especialmente na privatização das telecomunicações. A aprovação da Lei Geral das Telecomunicações foi feita num tempo muito reduzido. A discussão dela deveria ter sido uma coisa bastante mais ampla. Comparemos com o que ocorreu na liberalização do mercado americano. Para se quebrar o monopólio das várias empresas do Bell System foi um processo que demorou 15 anos. No Brasil demorou um ano e meio! Por baixo, nós gastamos

dez por cento do tempo. O interessante é que os debates foram bem conduzidos num momento inicial. Mas, depois disso, o governo usou a sua supremacia no Congresso. Ele aprovou tudo em plenário, mesmo antes da proposta ter sido finalizada nas comissões. Ela foi alçada ao plenário e lá se encerrou o processo. Tanto é que o Deputado Walter Pinheiro (PT-BA), no dia em que a LGT foi votada e aprovada fez a seguinte declaração: “o terceiro turno dessa votação vai ser no Poder Judiciário”. Realmente, foi quando o PT e o PDT entraram com uma ADIN e nessa ação discutiram uma série de pontos tentando barrar a Lei Geral de Telecomunicações. Esse terceiro turno, da ADIN, se perpetua até hoje²⁸⁰.

O panorama analítico da judicialização da política²⁸¹, tal como elaborado por Werneck Vianna, Rezende de Carvalho, Cunha Mello e Burgos, foi atualizado em 2007²⁸². Nesta nova coleta de dados, o diagnóstico teórico se manteve. O Poder Judiciário, especialmente na função de revisão constitucional da produção legislativa, continuou a realizar a sua resposta às demandas dos partidos políticos, como estava ocorrendo desde a promulgação da Constituição Federal de 1998. Os fatores para a inclusão do Supremo Tribunal Federal, no papel de revisor de diversas políticas públicas, são conhecidos. Eles variam desde uma arquitetura institucional que atribuiu tal função ao Tribunal, até a existência de uma carta reivindicativa de direito que possibilita a realização de demandas judiciária²⁸³. Assim, a formação de um novo conceito de direito, adequado à lógica de um desejado Estado de Direito que está no epicentro dessa modificação institucional.

Não é somente uma questão de desenho institucional, portanto. Mas uma questão de responsividade judicial em relação às demandas e expectativas dos diversos atores sociais. O texto, antes citado, de Werneck Vianna et alli, se baseou na análise qualitativa dos mais de 200 acórdãos, do Tribunal Superior. Ele conclui que o STF cumpre missão de dar não somente a garantia processual da minoria no jogo político, mas também a interpretação

280 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 140.

281 WERNECK VIANNA, Luiz; REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice. MELO, Manuel Palácios da Cunha; BURGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

282 WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo B.; SALLES, Paula. Dezesete anos de judicialização política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, p. 39-85, 2007.

283 Vale reiterar que a literatura internacional acata o conceito de judicialização da política – e das relações sociais – como uma expressão da situação institucional experimentada nas democracias ocidentais. Por todos, cf. HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith E. (Ed.); KELEMEN, R. Daniel (Ed.); CALDEIRA, Gregory A. (Ed.). **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 119-141.

integradora da nova legislação em relação ao sistema jurídico pré-existente, principalmente, pela dimensão dos valores.

Para exemplificar esta questão, é relevante trazer a análise de quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN). A primeira ADIN é muito simples e postulou a declaração de inconstitucionalidade de duas portarias do Ministério da Infra-estrutura que determinavam a realização de estudos para a possibilidade de autorização futura de prestação de serviços móveis celulares por empresas privadas. A segunda ADIN dirigiu-se contra a denominada Lei Mínima (Lei nº), que foi sancionada antes da promulgação da Emenda Constitucional que acabou com o monopólio estatal nas telecomunicações, como regra geral. A terceira ADIN não teve ainda o seu mérito julgado²⁸⁴. Ela buscava a declaração de inconstitucionalidade da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) por diversos motivos. A medida cautelar inominada foi julgada e foram declarados como inconstitucionais alguns dispositivos do diploma legal atacado. Por fim, a quarta ADIN dirigiu-se contra o leilão da Telebras e visava evitar a cisão daquela complexa empresa, o que era necessário para viabilizar sua venda. Como na ADIN anterior, somente foi julgada a sua medida cautelar. O quadro abaixo sintetiza estas informações:

Quadro 25 – ADIN selecionadas para demonstrar insurgência nas telecomunicações

Objetivos dos processos judiciais	Número	Requerentes
Vedação à abertura da entrada de concorrência no segmento dos serviços móveis celulares, por meio de atos administrativos (portarias) do Ministério da Infra-estrutura, bem como estudos para desregulamentação.	ADIN 432 / DF	Partido Democrático Trabalhista (PDT)
Vedação à abertura da entrada de concorrência no segmento dos serviços móveis celulares, por meio da Lei Mínima.	ADIN 1.484/DF; e ADI 1.491/DF	Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido dos Trabalhadores (PT)
Declaração de inconstitucionalidade do marco jurídico utilizado para o funcionamento da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e do setor privatizado.	MC na ADIN 1.668 / DF	Partido Comunista do Brasil (PC do B), Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido Socialista Brasileiro (PSB)
Denegação na cisão dos ativos das empresas controladas pela Telebrás S/A, já reestruturadas em áreas de prestação.	MC na ADIN 1.840 / DF	Partido dos Trabalhadores (PT)

284 Até o dia 31 de janeiro de 2011. Cf. sistema do STF: www.stf.jus.br.

A discussão aqui exposta, ao longo destas ações, é muito relevante, já que o setor de telecomunicações estava bastante acostumado a ter sua normalização debatido no Poder Judiciário, especialmente no Supremo Tribunal Federal. A ADIN 1.668/DF – em oposição à Lei nº 9.472/97, que havia reestruturado de forma definitiva a área de telecomunicações -, teve a sua construção marcada pelos embates anteriores. Isso fica bastante claro, ao se retornar ao depoimento de um dos seus artífices:

Havia no Ministério uma discussão muito grande, baseada na Constituição de 1988 de que as telecomunicações estavam alocadas como serviços públicos, apenas em sentido amplo. Se tais serviços fossem públicos, no sentido estrito, tudo teria que ser feito por empresas estatais, como preconizaria a Constituição, na interpretação divergente, aliás. Mas não! Eles não estavam todos na responsabilidade da União. Veja que a visão divergente era baseada nisso! De que os serviços de telecomunicações eram eminentemente públicos. Nós queríamos fugir dessa discussão, porque existiam algumas questões do Supremo Tribunal Federal, que já estavam postas e já estavam definidas, ainda que por liminar. Uma ação judicial não permitiu, por exemplo, que o Estado outorgasse uma posição orbital de satélite para uma empresa privada, em 1990. O que se disse era que aquilo tinha que estar no âmbito do art. 175 (concessões, Lei nº 8.987/95). O dispositivo definia que era um serviço público e tinha que ser, mesmo que delegado a um particular! Outro caso era relacionado com os serviços limitados privados, que estavam no Código Brasileiro de Telecomunicações. Foi concedida a liminar para não fazer valer. Outro exemplo era o serviço móvel, que tinha a banda B. Queria-se fazer a licitação da banda B para empresas privadas. Mas diziam que não podia porque era um serviço público, logo teria que ser por outra estatal. Havia frequências para duas bandas. Então, mesmo para todos esses serviços, houve iniciativa do governo, na época do governo Collor. Mas todos eles foram barrados pelos partidos de esquerda e pelos sindicatos, no Supremo. Era arguida a inconstitucionalidade por meio dessas ações. Então, isso era uma questão que precisava ser resolvida²⁸⁵.

Será um pouco curioso localizar que a vitória jurisdicional acerca da classificação do conceito de serviços de telecomunicação não se deu com atenção aos pontos construídos pela equipe jurídica que atuou no processo. Como se verá, apenas foi utilizado o argumento da pertinência em que as classificações de serviços sejam definidas pelos técnicos Estranho, porém usual em decisões judiciais que lidam com liminares, onde a avaliação dá-se de forma muito célere e pouco aprofundada. Segue a análise pontual das quatro ações.

²⁸⁵ RENATO NAVARRO GUERREIRO, antigo dirigente do Ministério das Comunicações e antigo Presidente da ANATEL, entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006. Ficha 73.

4.3.1 ADIN 432/DF: evitar a entrada de empresas privadas nas telecomunicações

Na Constituição Federal de 1988, de acordo com a sua redação original promulgada, estava consignado que os serviços de telecomunicações, de uma forma geral, somente poderiam ser prestados por empresas estatais e federais. Todavia, no mercado internacional começava a despontar o crescimento da telefonia móvel celular, bem como ganhava força o movimento de desregulamentação que somente teria espaço evidente no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, em 1995. O Ministério da Infra-estrutura publicou no Diário Oficial da União a Portaria nº 882 e a Portaria nº 883, ambas de 08 de novembro de 1990. O preâmbulo das portarias – denominado no jargão jurídico como “consideranda” – era similar:

Portaria nº 882, de 08 de novembro de 1990.

O MINISTRO DE ESTADO DA INFRA-ESTRUTURA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), no Decreto nº 52.026, de 20 de maio de 1963 (Regulamento Geral do Código Brasileiro de Telecomunicações), e suas alterações, no Decreto nº 99.179, de 15 de março de 1990, e nos art. 213 e seguintes, do Decreto nº 99.244, de 10 de maio de 1990,

CONSIDERANDO que é objetivo do Programa Federal de Desregulamentação fortalecer a iniciativa privada, em todos os seus campos de atuação, reduzir a interferência do Estado na vida e nas atividades dos cidadãos, contribuir para a maior eficiência e o menor custo dos serviços prestados pela Administração Pública Federal e atender satisfatoriamente os usuários desses serviços;

CONSIDERANDO que a atividade econômica deve ser regida, basicamente, pelas regras de livre mercado, limitada a interferência da Administração Pública, direta ou indireta, exclusivamente ao que dispõe a Constituição;

CONSIDERANDO que cumpre ao governo federal, na forma da lei, adotar as providências necessárias para o atendimento da crescente demanda por serviços de telecomunicações, particularmente no segmento de comunicação de dados;

CONSIDERANDO que constitui diretriz do Ministério da Infra-estrutura estimular a maior participação da iniciativa privada na prestação dos serviços de telecomunicações previstos nas alíneas “b” e “f” do art. 6º da Lei nº 4.117, de 1962;

CONSIDERANDO, a par disso, que a Norma nº 01/79 – “Norma Reguladora de Exploração e Utilização dos Serviços de Comunicações de Dados”, baixada pela Portaria nº 109, de 25 de janeiro de 1979, do extinto Ministério das Comunicações, é incompatível com os princípios consagrados no art. 170 da Constituição e com as diretrizes do Programa Federal de Desregulamentação, porquanto restringe o acesso da iniciativa privada à prestação de serviços de telecomunicações, resolve [...]

Em seguida, a disposição normativa da Portaria revogava a referida Portaria nº 109/79, do Ministério das Comunicações. No mesmo passo, ela determinava ao Secretário Nacional de Comunicações, que empreendesse a produção de uma nova regulamentação que permitisse a participação de empresas privadas na prestação de serviços de telecomunicações, com

especial atenção aos serviços de comunicação de dados. A Portaria nº 883/90 reproduzia parte dos mesmos termos da Portaria anterior, com evidente diferença da parte dispositiva, bem como distinta menção ao regulamento revogado. O foco dela era determinar a realização de estudos para entrada de empresas privadas na prestação dos emergentes serviços de telefonia móvel celular:

Portaria nº 883, de 08 de novembro de 1990.

[...] CONSIDERANDO, finalmente, que o serviço móvel celular, disciplinado pela Norma nº 04/88, aprovado pela Portaria nº 06, de 16 de janeiro de 1988, do extinto Ministério das Comunicações, compreende-se da categoria de Serviço Público Restrito, previsto na alínea “a” do art. 6º, da Lei nº 4.117, de 1962, regulamentada pelo Decreto nº 96.618, de 1988, resolve:

I - Determinar ao Secretário Nacional de Comunicações que, no prazo de trinta dias, conclua os estudos necessários à fixação de critérios e procedimentos para a outorga, mediante licitação, do Serviço de Comunicação Móvel Terrestre Restrito Celular / Serviço Móvel Celular. [...]

A simples leitura dos termos das duas Portarias já evidencia a motivação de insurgência do Partido Democrático Trabalhista (PDT), requerente da ação. Era óbvio que a desregulamentação do setor de telecomunicações não poderia prescindir da alteração do marco constitucional, que vedava a prestação dos serviços por empresas privadas. Havia um monopólio, no art. 21, XI, da Carta Constitucional.

No entanto, a referida ação direta de inconstitucionalidade não prosperou. Por dois singelos motivos processuais. O primeiro é que inexistia possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de ato administrativo. O segundo motivo é a impossibilidade decretar a inconstitucionalidade de ato legislativo futuro; por similaridade, ato administrativo futuro, igualmente, não poderia ser declarado como inconstitucional. Em síntese, a ação não foi sequer conhecida, ou seja, não foi admitida para ter o seu mérito debatido. O acórdão foi publicado com a seguinte ementa:

[...] - Portarias ministeriais, que se limitam a veicular ordens administrativas destinadas a determinado agente público, não se revestem de conteúdo normativo. Traduzem meras determinações de serviço que não se alçam, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade, à estatura de atos normativos. - Inexiste, em nosso Direito, o fenômeno jurídico da inconstitucionalidade potencial ou da inconstitucionalidade esperada. O juízo de ilegitimidade constitucional, por supor conflito hierárquico atual entre atos estatais ordinários e o texto da Constituição, não pode ter por objeto situações normativas ainda não existentes, não obstante a potencialidade de sua superveniência como efeito consequencial imediatamente derivado de determinado comportamento do Poder Público. A expectativa de comportamentos inconstitucionais, materializada pela possibilidade de a Administração Pública, em atendimento a prescrições ordinatórias destinadas aos seus agentes, vir a produzir atos eivados de inconstitucionalidade, não justifica que, com base nela, se venha a aparelhar, perante o Supremo Tribunal Federal, a ação

direta, cujo pressuposto de atuação e a existência, efetiva e atual, de atos estatais dotados de conteúdo normativo. Meros "consideranda", que correspondem a motivação do ato administrativo, não lhe integram o conteúdo e nem se revestem de eficácia normativa. Eventuais vícios que se possam verificar nos motivos do ato estatal não contagiam as normas nele veiculadas. O juízo de constitucionalidade não incide sobre os motivos subjacentes à formulação do ato estatal²⁸⁶.

Porém, assim como não prosperou a ação, também não avançaram os esforços para abertura dos serviços móveis celulares, sem que fosse previamente realizada a mudança da Constituição Federal. Tal alteração ocorreu em 1995, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 08, de 15 de agosto de 1995. Pouco depois, o Presidente da República sancionou a Lei nº 9.295/96, denominada de Lei Mínima, que iria abrir o mercado da telefonia celular às empresas privadas. Duas novas ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas, como será exposto no próximo tópico.

4.3.2 ADIN 1.484/DF e ADI 1.491/DF: declarar a Lei Mínima como inconstitucional

Eram diferentes os motivos que fundamentavam a perseguição de declaração de inconstitucionalidade, postuladas por meio das duas ações diretas, que serão retratadas neste tópico. A primeira ação, 1.484/DF, postulava a inconstitucionalidade da referida Lei Mínima, dada a ausência de regulamentação do órgão regulador, que era mencionado no texto legal, mas que, porém, não havia sido instituído por outra lei. Os argumentos cingem-se basicamente ao fato de que a referida Lei seria parcialmente inconstitucional, em relação ao órgão regulador. Ela não poderia atribuir função reguladora ao Ministério das Comunicações. Por força do art. 21, XI, da Constituição Federal, modificado pela Emenda Constitucional nº 08/95, tal função somente poderia ser atribuída a um novo ente, criado por lei. É indicado um argumento do processo legislativo, adicionalmente. A Lei nº 9.295/96 teve origem legislativa no Congresso Nacional, e não na Presidência da República. Esse detalhe é relevante para entender porque o Presidente da República viu-se obrigado a vetar o “caput” do art. 13, que originalmente dispunha:

286 BRASIL: STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 432/DF, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado 15 maio 1991, publicado no Diário da Justiça 13 set. 1991, p. 12.488, publicado no Ementário, v. 1.633-01, p. 48, também publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 136-02, p. 494.

Art. 13. É criada a Comissão Nacional de Comunicações – CNC, órgão regulador a que se refere o art. 21, XI, da Constituição Federal, com independência decisória, e autonomia orçamentária e financeira, cuja competência, estrutura e atribuições serão estabelecidas em legislação específica, devendo o Presidente da República encaminhar projeto de lei ao Congresso Nacional no prazo de seis meses, a contar da vigência desta Lei, após o que a iniciativa legislativa será exercida cumulativamente com o Congresso Nacional.

É evidente que o dispositivo viola o art. 61, parágrafo 1º, II, “e”, da Constituição Federal, já que a sua parte final pretende que, ausente a remessa de projeto de lei no prazo definido pelo Congresso Nacional, a competência de iniciativa seria atribuída ao Poder Legislativo. Como não é possível vetar somente um trecho do dispositivo, conforme se depreende do art. 66, parágrafo 2º, da Constituição, o “caput” foi integralmente vetado.

Uma curiosidade sobre a designação “Comissão Nacional de Comunicações” é que foi difícil encontrar um nome para a futura “Agência Nacional de Telecomunicações”, como indicou um dos entrevistados:

A Lei nº 9.295, de 1995, falava em Comissão Nacional de Comunicações. Essa idéia de Comissão sempre apareceu. A idéia de comissariado. Mas, depois, se optou por “agência”, pois se achou que seria um passo razoável em direção ao projeto futuro de ANACOM (Agência Nacional de Comunicações), como aconteceu recentemente no Reino Unido. O “Office of Telecommunications” virou “Office of Communications”. Com a tendência de mudanças na radiodifusão e com a convergência dos serviços de telecomunicações, isso poderia vir a ocorrer. Tudo dependeria do Congresso Nacional e da aprovação de uma nova legislação. Simplesmente se optou por agência, porque havia um projeto geral de agências. Somente achamos que foi o nome que mais se adequou ao propósito²⁸⁷.

No entanto, pela argumentação da oposição, na ADIN 1.484/DF, que repetiria o mesmo pedido na ADIN 1.491/DF, o veto ao “caput” do art. 13, deveria incluir o parágrafo único. Assim, por tal lógica, como teria havido veto do Presidente da República sobre o “caput” do art. 13, seria necessária a extensão de tal veto ao dispositivo subsidiário, ou seja, ao parágrafo único, sob pena de infração do art. 66, parágrafo 2º. Porém, tal argumento não procede. O que o texto constitucional proíbe é que haja veto de parte da redação em um dispositivo, sendo que o conceito de dispositivo pode ser “caput”, parágrafo, alínea. A leitura do dispositivo é límpida. Logo, não é nada razoável considerar que, se o “caput” do artigo é vetado, todos os potenciais incisos, parágrafos ou alienas ficariam prejudicados.

²⁸⁷ ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 52.

Poderia ter sido utilizado o argumento de que o “caput” configura como o principal, e o parágrafo único seria logicamente decorrente dele; acessório, portanto. Por tal argumento, em atenção ao brocardo romano, o veto ao principal incidiria sobre o acessório (“accessorim sequitur principale”). Todavia, esse argumento não foi considerado.

Um argumento contrário a tal pleito de inconstitucionalidade do parágrafo único, do art. 13, da Lei nº 9.295/96, poderia ser o de que a Lei Mínima havia disposto apenas transitoriamente sobre a assunção da tarefa pelo Ministério das Comunicações. Não teria, assim, inovado, já que esta competência estaria previamente definida. Seria uma mera reiteração do que era vigente:

Art. 13. [...]

Parágrafo único. O Ministério das Comunicações, até que seja instalada a Comissão Nacional de Comunicações - CNC, exercerá as funções de órgão regulador, mantidas as competências de regulamentação, outorga e fiscalização dos serviços de telecomunicações a ele atribuídos pela legislação em vigor.

Não obstante isso, com o advento da Lei nº 9.472/97, ela perdeu o seu objeto, já que a denominada Lei Geral de Telecomunicações dispôs sobre a criação da Agência Nacional de Telecomunicações. A segunda ação, 1.491/DF, postulava a declaração de inconstitucionalidade de vários dispositivos da Lei nº 9.295/96. Os ataques mais fortes seriam: (1) contra o art. 4º e o parágrafo 2º do art. 8º; e (2) contra o art. 5º e seu parágrafo único. Os dois conjuntos de dispositivos atribuíam competência para outorga de concessões de serviço público e de exploração de atividades econômicas sem que fosse realizada prévia licitação, na interpretação da oposição governamental. No caso do art. 4º, as permissões de exploração de serviços celulares, que possuem o caráter de precariedade, foram convertidas em concessões de serviços públicos, dotadas de maior estabilidade e garantia:

Art. 4º O Poder Executivo transformará em concessões de Serviço Móvel Celular as permissões do Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Público Restrito outorgadas anteriormente à vigência desta Lei, em condições similares as dos demais contratos de concessão de Serviço Móvel Celular, respeitados os respectivos prazos remanescentes.

Parágrafo único. As entidades que, de acordo com o disposto neste artigo, se tornem concessionárias do Serviço Móvel Celular deverão constituir, isoladamente ou em associação, no prazo de até vinte e quatro meses, a contar da vigência desta Lei, empresas que as sucederão na exploração do Serviço.

No caso do art. 5º, a Lei autorizou que a Telebras S/A cindisse as suas subsidiárias separando os serviços de telefonia celular em outras empresas estatais, de forma genérica. O argumento da oposição era que a Constituição Federal exigiria a autorização específica. Logo, cada criação ou cisão de empresa estatal deveria ser autorizada previamente pelo Congresso

Nacional, sob pena de infração ao art. 37, XX, da Carta Constitucional. A insurgência da oposição fica mais evidente quando se localiza que o art. 6º da Lei já indicava que a cisão seria uma preparação para a futura alienação das empresas:

Art. 5º É a Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRAS autorizada, com o fim de dar cumprimento ao disposto no parágrafo único do artigo anterior, a constituir, diretamente ou através de suas sociedades controladas, empresas subsidiárias ou associadas para assumir a exploração do Serviço Móvel Celular.

Art. 6º O Poder Executivo, quando oportuno e conveniente ao interesse público, determinará a alienação das participações societárias da TELEBRAS, ou de suas controladas, nas empresas constituídas na forma do artigo anterior.

A ADIN 1.491/DF também repetia a o mesmo teor de ausência de resignação contra o art. 13, da Lei nº 9.295/96. Além de reiterar a necessidade de que o órgão regulador fosse criado e definido por lei federal ordinária, em atenção ao art. 21, XI, modificada pela Emenda Constitucional nº 08/95, a oposição se deteve num detalhe processual irrelevante, relacionado à extensão do veto, já exposto acima. Com o advento da Lei nº 9.472/97, haverá a decretação da perda de objeto nesta parte do pedido, evidentemente, da mesma forma que ocorreu na ADIN 1.484/DF. Logo, no início do julgamento, sobrevieram pedidos de vista. De vista em vista, com renovação, o processo foi paralisado. Assim, entre as idas e vindas do processo judicial, transcorrido longo tempo, foi negada a liminar pedida, em 1998. Até a presente data, a ação direta de inconstitucionalidade ainda não teve o seu mérito apreciado. Fica claro que o ataque à Lei nº 9.295/96 ficou muito prejudicado com a edição da Lei Geral de Telecomunicações que, inclusive, revogou uma larga parcela de dispositivos da lei anterior.

4.3.3 Medida Cautelar na ADIN 1.668/DF: declarar a LGT como inconstitucional

Após a sanção presidencial e publicação da Lei nº 9.472/97, os partidos de oposição ajuizaram uma ação direta de inconstitucionalidade contra a referida lei, com um pedido de liminar. As siglas partidárias eram o Partido Comunista do Brasil (PC do B), o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido Socialista Brasileiro (PSB). Na petição inicial da ADIN, foram arrolados diversos dispositivos como inconstitucionais, e agrupados em seis conjuntos de insurgências, conforme indicado no quadro abaixo.

Quadro 26 – Síntese das alegações e decisões da MC na ADIN 1.668/DF

Conjunto atacado	Dispositivos atacados	Síntese da alegação de inconstitucionalidade
Formação do órgão regulador	Art. 8º, “caput” e os §§ 1º e 2º, bem como art. 9º, “caput”.	O cerne da insurgência dava-se contra as expressões “independente” e “independência administrativa”. A inicial relatava que a estrutura das competências atribuídas, elidia a supervisão ministerial, bem como retiraria poder do Presidente da República, chefe do Poder Executivo. Sequer foi conhecida a questão.
Competências da ANATEL, em geral, para fixar regras para os serviços de telecomunicações	Art. 18, “caput”, incisos, e o seu § único.	Os dispositivos atribuem competências ao Poder Executivo para fixar políticas de telecomunicações, por meio de Decretos Presidenciais. Tal atribuição violaria a competência do Poder Legislativo. Mantidos.
	Art. 19, IV e X.	Os dispositivos conferem atribuição regulamentar à ANATEL para expedir regulamentos sobre telecomunicações. Igualmente violaria competência do Poder Legislativo. Mantidos.
Competência para determinar e realizar busca e apreensão	Art. 19, XV	O dispositivo define competência executiva autônoma para realizar busca e apreensão. Foi declarado inconstitucional, de forma cautelar, já que seria necessária a oitiva judicial.
Disposições sobre licitações e contratos, em geral	Art. 22, II.	É a atribuição legal de que o Conselho Diretor poderia exarar normas próprias para as licitações de bens e serviços da Agência. Violaria a Constituição Federal que fixa a necessidade de observância da Lei n. 8.666/93. Mantidos, porém foi dada interpretação conforme, ou seja, de necessária observância da Lei de Licitações e Contratos.
	Art. 54, “caput” e § único e art. 55 e seus incisos.	É a fixação de um marco legal que, depois, seria completado por normas emitidas pelo próprio Conselho Diretor da Agência referentes às novas modalidades de licitação: consulta e pregão. Violaria a Constituição que obrigaria a Lei nº 8.666/93. Mantidos.
	Art. 56 e art. 57, e incisos.	É a fixação normativa da modalidade de pregão. Violaria a Constituição que obriga a Lei nº 8.666/93. Idem acima.
	Art. 58.	É a fixação normativa da modalidade de consulta, para aquisição de bens e serviços que não sejam precedidos de licitação na modalidade de pregão. Violaria a Constituição que obriga a Lei nº 8.666/93. Idem acima.
	Art. 59.	Determina a possibilidade de contratar pessoal especializado para a Agência. Violaria a Constituição Federal porque ensejaria a contratação sem licitação ou concurso. Mantido, porém foi dada interpretação conforme, ou seja, de necessária observância da Lei de Licitações e Contratos.
Disposições sobre licitações de outorgas para prestação de serviços de telecomunicações	Art. 89.	Este dispositivo precisa ser lido em conjunto do art. 88, que indica a necessidade geral de licitação para outorga de telecomunicações. O art. 89 atribui competência para que a Agência expeça regulamentos sobre tais licitações. Mantido.
	Art. 91 e seus §§ 1º, 2º e 3º.	Determinação de inexigibilidade de licitação para outorga de telecomunicações, em caso de inviabilidade ou de desnecessidade. Mantido.
	Art. 119, “caput”.	Indica que a permissão de outorga será precedida de “procedimento simplificado”, definido nos termos regulados pela Agência. Foi suspensa a eficácia de alguns trechos, já que a lei definia a simplificação, o que poderia induzir a atribuição de um poder excessivo. Teve suspensa a sua eficácia
	Art. 210, “caput”.	Fixa a autonomia das concessões, permissões e autorizações de telecomunicações, bem como outorgas de espaço no espectro de radiofrequência, em relação a vários diplomas legais federais. Como o ataque da oposição pugnou por considerar todos os serviços de telecomunicações como públicos (veja abaixo), demandou-se que os mesmos fossem submetidos ao regime geral de concessões e permissões. Foi aceito o argumento da especificidade dos serviços de telecomunicações. Foram mantidos.

Conjunto atacado	Dispositivos atacados	Síntese da alegação de inconstitucionalidade
Definição de serviços de telecomunicações	Art. 65, “caput”, incisos I, II III, e seus §§ 1º e 2º.	Argumenta, basicamente, que os serviços de telecomunicações são públicos e que estão subscritos ao conceito de serviço público, mesmo que tenham sido delegados por concessão, permissão ou autorização. Logo, não poderiam existir serviços de telecomunicações em regime público e em regime privado, concomitantemente. O voto divergente defendeu que a pluralidade de situações demanda que o juízo técnico é que defina a questão. Foram mantidos incólumes os dispositivos.
	Art. 69, “caput”.	Define que as várias modalidades de serviços de telecomunicações serão regulamentadas por parâmetros fixados pela Agência. Idem acima. Mantido.

O exemplo de interpretação sistemática, realizado na peça inicial da ADIN, contrária à definição de independência administrativa para ANATEL centrava argumentos no fato de que o art. 63, da Lei nº 9.472/97, somente indicava subordinação do órgão regulador em relação ao Plano Geral de Outorgas (PGO) e ao Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU), que seriam fixados com atenção aos serviços de telecomunicações prestados no denominado “regime público”, ou seja, os serviços de telefonia fixa comutada. Logo, todos os demais serviços teriam sua regulação definida e gerida pela ANATEL sem a supervisão de qualquer ministério ou do Poder Executivo. Com isso, a oposição partidária alegava que tal arquitetura demonstrava uma violação da separação dos poderes (art. 2º, da Constituição Federal) e das competências do Presidente da República (art. 84, idem) e dos ministros de Estado (art. 87, ibidem), nos seguintes termos: “Ocorre que a independência administrativa constitui aspecto estranho à conformação da administração pública brasileira e atenta contra a competência privativa do Presidente da República e do Ministro de Estado a que o órgão está vinculado”²⁸⁸. Em síntese, o que se buscava atacar era o conceito administrativo de “independência administrativa”, propriamente considerado, bem como o conceito de “autarquia especial”. Alegava-se que as autarquias possuíam um regime jurídico-administrativo fixado na doutrina, largamente citada na peça inicial.

O ataque ao conceito de “independência administrativa” se desdobra nos diversos outros pontos de insurgência que dele são decorrentes. Assim, a intenção da oposição, na peça, foi demonstrar que a arquitetura institucional da ANATEL era inconstitucional porque fixava legalmente prerrogativas e competências administrativas que lhe dotavam da atacada “independência”.

²⁸⁸ BRASIL: STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668/DF, Relator Min. Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno, julgado em 20 ago. 1998, Petição inicial disponibilizada: www.stf.jus.br, p. 08.

Vale desdobrar os cinco pontos derivados de crítica.

O primeiro dizia respeito às competências da ANATEL para definir, por meio de seus regulamentos, os modos de prestação dos serviços de telecomunicações, bem como ao Presidente da República para fixar políticas de telecomunicações. As alegações se voltavam contra o art. 18, incisos I ao III, bem como contra o teor do art. 19, e seus incisos IV e X, respectivamente. Pelo argumento da oposição partidária, tais regramentos somente poderiam ser fixados por meio de lei ordinária. Assim, ela invoca a interpretação do art. 21, XI, da Constituição Federal, para alegar que o referido dispositivo define a competência legislativa e, portanto, que o conceito de “legislativo” não pode envolver a regulamentação autônoma por parte de uma agência, mesmo que a lei preveja isso, sob risco de violar o disposto na Carta Constitucional. É um argumento bastante formal mas que, num plano teórico, se volta contra o conceito de “deslegalização”²⁸⁹. Como exposto, de forma sintética, na peça processual: “Ao delinear a alteração constitucional através da Emenda nº 08, de 1995, o constituinte derivado preservou os demais comandos normativos que vinculam o tema das telecomunicações à manifestação do Poder Legislativo”²⁹⁰. Em síntese, para a oposição, a temática não poderia ser delegada, seja para o Chefe do Poder Executivo, Presidente da República, seja para ente administrativo.

O segundo ponto de insurgência diz respeito a uma competência específica, atribuída à ANATEL, pelo art. 19, XV, da Lei nº 9.472/97, que é “realizar busca e apreensão de bens no âmbito da sua competência”. A alegação é que a atribuição de tal poder à agência violaria o direito de propriedade, que está acompanhado do direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV); para a oposição, toda busca e apreensão deveria ser precedida de autorização judicial.

A terceira insurgência está relacionada com a atribuição de autonomia para fixar regras relativas às licitação de bens e serviços, em geral, expressada no art. 22, II, e no art. 54, “caput”, e seu § único, todos da Lei n. 9.472/97. De forma incidente, ele se relaciona com a primeira alegação derivada, ou seja, da inviabilidade de delegação legal à entidade administrativa, de matérias reservadas à legislação federal, com caráter de norma geral, ou seja, vinculantes até para os Estados, Distrito Federal e municípios, por força do art. 22, XXVII, da Constituição Federal. Logo, as alegações da peça estão centradas na consideração

289 O conceito de deslegalização foi exposto no capítulo 2. Para detalhes, reiteramos sua origem:

290 BRASIL: STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1668/DF, Relator Min. Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno, julgado em 20 ago. 1998, Acórdão disponibilizado: www.stf.jus.br, p. 14.

de que a competência para emitir normas jurídicas sobre licitações é somente reservada ao Poder Legislativo, da União. Logo, o inciso II, do art. 22, da Lei nº 9.472/97 seria inconstitucional, já que consignava que tal competência competia ao Conselho Diretor: “aprovar as normas próprias de licitação e contratação”. Ainda, a mesma consideração acerca da alegação de inconstitucionalidade do art. 54, § único, se relaciona com todo o Título III, do Livro IV, da Lei nº 9.472/97 (art. 54 ao art. 59). Este trecho da Lei versa sobre as contratações da agência, como foi exposto no quadro acima produzido. Nos argumentos da peça inicial, pela disposição que havia sido fixada pelo legislador, somente os serviços de obras e engenharia estariam submetidos à Lei nº 8.666/93. Todas as demais contratações seriam realizadas por meio de normas próprias. O art. 55, fixa os princípios gerais das modalidades de pregão e consulta. O art. 56 e o art. 57 fixam rudimentarmente os contornos da modalidade de pregão. Por fim, o art. 58, estipula que as aquisições de bens e serviços que não fossem rotulados como “comuns” seriam precedidas de licitação na modalidade de consulta. Finalmente, o art. 59, da Lei, abria a possibilidade de contratação, pura e simplesmente, para o ingresso no quadro de pessoal da agência. Todos estes dispositivos não foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal, cujos ministros preferiram seguir outro caminho, como será descrito em seguida.

O mesmo conteúdo decisório permeou a avaliação dos dispositivos referentes às licitações relacionadas com os serviços de telecomunicações. Todavia, neste tópico imperou a consideração de que os serviços de telecomunicações seriam substantivamente específicos, o que geraria a possibilidade de que tivessem uma normalização legal autônoma e peculiar.

Por fim, em relação à classificação dos serviços de telecomunicações, a peça inicial da ADIN, coloca em questão a bipartição de serviços de telecomunicações entre “serviços de regime público” e “serviços de regime privado”. Quando se argumenta sobre a questão, ao explicar os dispositivos gerais da classificação feita na Lei nº 9.472/97, os subscritores da peça utilizam sempre o termo “serviço de direito”, seja “público” ou “privado”. Este elemento argumentativo torna-se evidente quando se avança no texto e se nota que o cerne da insurgência está adstrito à defesa do conceito de serviço público e da necessidade de inclusão dos serviços de telecomunicações sob tal égide. Vale citar a peça, novamente:

Vale ressaltar, ainda, que alguns dos mais respeitados administrativistas, como José Cretella Jr., vão além, sustentando a tese de que serviço de telecomunicação é e será sempre público, delegável a terceiros por concessão ou permissão, sempre precedido por licitação. Portanto, admitir a possibilidade de sua prestação pelo regime privado conforme o estatuído nos incisos II e III do art.65 da Lei nº 8.472/97, seria a própria negação do conceito de serviço público e, no limite, a negação do poder de império

do Estado que faz prevalecer sua vontade, ainda que em contraposição ao interesse do contratante particular, em defesa do anseio coletivo²⁹¹.

O relator seguiu esta lógica e manteve-se com a concepção de que seria inviável a prestação de um serviço no regime público e, ao mesmo tempo, no regime privado. Assim, ele pugnava por uma definição clara do que era “público” e do que era “privado”:

Sendo o Direito uma ciência, os institutos, expressões e vocábulos têm sentido próprio, e tanto maior é a segurança jurídica quanto mais fiel for o emprego de cada qual. Por natureza e consequências, não se confundem serviços a serem prestados no regime privado e no regime público. Tal mistura distancia-se da melhor técnica, acabando por afastar, tendo em vista especialmente os serviços que venham a ser explorados no regime público, as peculiaridades ditadas pelos princípios constitucionais²⁹².

O voto divergente, proferido pelo Ministro Nelson Jobim indicou que o Brasil seria um país grande e profundamente diferenciado. Logo, seria razoável que alguns serviços de telecomunicações fossem públicos, com uso privado. Citou o sistema de rádio da polícia federal, que é usado pelo público, no Amazonas. Em síntese, dada a complexidade da questão, alegou ser razoável acatar a redação, pois “a agência poderá definir, se, em alguns casos concretos, há o interesse público no sentido de que um serviço possa ser, ao mesmo tempo, privado – forma pela qual poderá ser financiado – e aberto ao público”²⁹³. Os argumentos acima possuem apenas um sentido. Seria melhor deixar que a ANATEL definisse o que deve ser considerado melhor para os serviços de telecomunicações, de qualquer forma. Como consignou o Ministro Carlos Veloso, de forma sucinta: “a questão é mais técnica, e essa tecnicidade não interfere com a constitucionalidade ou não da norma”²⁹⁴. No silêncio que acompanha a incompreensão pela ausência das considerações realmente jurídicas nos votos divergentes, ecoa o som das palavras de um dos artífices do processo de construção da ANATEL e da privatização dos serviços de telecomunicações:

291 BRASIL: STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1668/DF, Relator Min. Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno, julgado em 20 ago. 1998, Acórdão disponibilizado: www.stf.jus.br, p. 39-40.

292 BRASIL: STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1668/DF, Relator Min. Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno, julgado em 20 ago. 1998, Acórdão disponibilizado: www.stf.jus.br, p. 189.

293 Idem, p. 192.

294 Ibidem, p. 194.

O Carlos Ari Sundfeld²⁹⁵ fugiu da discussão se os serviços de telecomunicações são, ou não, serviços públicos. Ele admitiu que eles fossem. Mas também não escreveu sobre o que é. Ele disse que os serviços de telecomunicações deveriam ser explorados no regime público ou no regime privado. Deixou de discutir a gênese do serviço, se ele é público, ou não. Ele criou o conceito de regime de exploração. Com isso criou a possibilidade de um serviço, ainda que público, em sentido amplo, pudesse ser explorado no regime privado. Com essa operação se criou o modelo do Brasil, no qual a exploração dos serviços de telecomunicações pode ser feita pelo regime público e no regime privado. Logo, se permitiu que fossem, então, passados vários serviços para as empresas privadas. Com isso, juridicamente, foi resolvido outro problema, que era fruto de uma discussão antiga. Do contrário, se teria que mudar o art. 175, também. Ia ser uma confusão muito maior. Então, essa concepção foi uma concepção absolutamente brilhante, que resolveu o problema. Então, a agência foi criada no bojo de tudo isso²⁹⁶.

Apenas foi julgada a liminar, pelo Plenário do Tribunal. Após intenso debate acerca do relatório, realizado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, o Supremo Tribunal Federal consolidou a seguinte decisão:

COMUNICAÇÕES – LEI GERAL Nº 9.472/97 – CONTROLE CONCENTRADO. Admissibilidade parcial da ação direta de inconstitucionalidade e deferimento em parte da liminar ante fundamentos retratados nos votos que compõem o acórdão²⁹⁷.

O centro da decisão consta do acórdão. A ação não foi conhecida em relação ao art. 8º e ao art. 9º, da Lei nº 9.472/97. Logo, sequer foi debatida se tais dispositivos seriam, ou não, inconstitucionais. Porém, a liminar foi deferida parcialmente em relação a uma pequena gama de dispositivos de duas formas. O Supremo Tribunal Federal suspendeu a vigência do inciso XV, do art. 19, bem como de certos trechos do art. 119, da Lei nº 9.472/97. Em síntese, os ministros do Supremo Tribunal Federal acordaram que a agência não pode exercer diretamente a busca e apreensão (art. 19, XV, da Lei n. 9.472/97), já que estas precisam de autorização judicial. Foi retirada a noção de “procedimento simplificado” e “nos termos por ela [a agência] regulados” para as licitações de permissões de outorgas de telecomunicações (art. 119, da Lei). O Ministro Nelson Jobim proferiu voto divergente do relator, Ministro Marco Aurélio Mello, concordando com a suspensão de eficácia dos trechos porque, do

295 O tema é melhor explicado na obra do próprio autor: SUNDFELD, Carlos Ari.

296 RENATO NAVARRO GUERREIRO, antigo dirigente do Ministério das Comunicações e antigo Presidente da ANATEL, entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006. Ficha 73.

297 BRASIL: STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1668/DF, Relator Ministro Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno, julgado em 20 ago. 1998, publicado no Diário da Justiça em 16 abr. 2004, p. 52 e no Ementário, v. 2.147-01, p. 127.

contrário: “Não há dúvida de que se estaria outorgando à própria agência um poder de não observar a lei a sua juízo próprio”²⁹⁸, quando fixasse quais as simplificações que seriam usadas.

Na segunda forma, de deferir parcialmente a medida cautelar, ela foi vitoriosa principalmente em relação à alegação de violação da norma constitucional (art. 22, XXI) que fixa a obrigatoriedade de observância da Lei nº 8.666/93. Assim, foi decidido que as normas regulamentares, fixadas pelo Conselho Diretor da Agência em relação às licitações, devem observar a legislação de regência, assim como as contratações de consultorias não podem se dar com base em normas diferentes daquelas previstas na Lei nº 8.666/93. Logo, os ministros determinaram a fixação de uma exegese dos dispositivos que fosse conformada aos termos da Constituição Federal. Apesar dos dispositivos não terem sido retirados do ordenamento, eles devem ser interpretados com atenção à submissão aos ditames das leis que regem as licitações e as contratações, quando não houver divergência.

O mais curioso do acórdão é ponderar sobre a constitucionalidade na criação de modalidades específicas de licitações e contratos. Isso foi admitido, já que os art. 54 até 58, que criam o pregão e a consulta, para a ANATEL, foram mantidos. Para entender o porquê, é necessário visualizar a fundamentação do voto do Ministro Carlos Veloso, que acompanhou a divergência:

Pela disposição posta no inciso XXVII do art. 22 da Constituição, entende-se que o Congresso Nacional estabelecerá normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades. Todavia, essas normas gerais da União não impedem os Estados e os Municípios de editarem as suas normas específicas. Significa, também, em outras palavras, que a União, como entidade parcial, poderá editar, para ela, União, normas específicas, desde que em conformidade com as normas gerais²⁹⁹.

A questão central é que, se um Estado tivesse criado novas modalidades de licitação, invadiria competência de fixar norma geral? É razoável que assim fosse determinado. Essa lei estadual seria inconstitucional, já que as normas gerais de licitação somente podem ser criadas pela União. Porém, de forma diversa consignou o relator. Ele ponderou que um Estado poderia criar normas específicas, desde que não colidentes com as normas gerais, fixadas pela

298 BRASIL: STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1668/DF, Relator Ministro Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno, julgado em 20 de agosto de 1998, Acórdão disponibilizado: www.stf.jus.br, p. 211.

299 Idem, p. 179-180.

União. Logo, a União também teria o poder de criar normas específicas, desde que não colidentes com as normas gerais, como seriam as duas novas modalidades de licitação da ANATEL. O voto divergente, inaugurado pelo Ministro Nelson Jobim, acompanhou o relator, Ministro Marco Aurélio Mello no que dizia respeito ao art. 59, ou seja, de que sua leitura deveria ser conforme à Constituição Federal.

A referida ADIN ainda está pendente de julgamento em relação ao mérito. Porém, duas considerações devem ser realizadas. A primeira é que parte da inovação que ditou a construção do modelo da ANATEL e foi sepultada com a paulatina derrocada da reforma administrativa de 1995. Desta forma, a contratação de empregados públicos não se concretizou. A utilização de mecanismos céleres de licitação também não serviu para dirimir a alegada “lentidão do aparelho estatal”. Não seria de se esperar que fosse diferente. A segunda consideração está relacionada ao tempo. É muito remota a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.472/97, depois de transcorridos tantos anos de experiência institucional.

Talvez esse quadro fosse diverso se a medida cautelar, que será exposta a seguir tivesse tido um diverso resultado.

4.3.4 Medida Cautelar na ADIN 1.840/DF: evitar a privatização

A última ação direta de inconstitucionalidade a ser descrita, pode ser considerada praticamente encerrada. O Partido dos Trabalhadores manejou uma ADIN, com pedido de liminar para obstar a cisão da Telebras S/A em conjuntos empresariais que seriam leiloados, no formato que foi descrito em capítulo anterior. O pedido de liminar foi rapidamente apreciado pelo Plenário, tendo sido rejeitado em acórdão com a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: CRIAÇÃO. TELEBRAS: REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA: CISÃO. Lei nº 9.472, de 16.07.97, art. 189, inciso I. Decreto nº 2.546, de 14.04.98, art. 3º - Anexo. CF, art. 37, XIX. I. - A Lei nº 9.472, de 16.07.97, autorizando o Poder Executivo, para a reestruturação da TELEBRAS (art. 187), a adotar a cisão, satisfaz ao que está exigido no art. 37, XIX, da CF. II. - Indeferimento do pedido de suspensão cautelar da expressão "cisão", no inciso I do art. 189 da Lei nº 9.472, de 1997, bem assim das

expressões "que fica autorizada a constituir doze empresas que a sucederão como controladoras", contidas no art. 3º - Anexo, do Decreto nº 2.546, de 14.04.98³⁰⁰.

Após a distribuição da petição inicial, no entanto, o próprio Partido dos Trabalhadores (PT), peticionou para desistir da ação judicial. O julgamento começou pela apreciação deste pedido, que foi negado pelo Plenário, em conformidade com a jurisprudência daquela Corte. Logo, passou-se à apreciação do mérito da medida cautelar. A ação foi intentada para declarar a inconstitucionalidade do art. 189, da Lei nº 9.472/97, que autorizava a cisão da Telebras S/A, de modo a permitir sua venda fracionada:

Art. 189. Para a reestruturação das empresas enumeradas no art. 187, fica o Poder Executivo autorizado a adotar as seguintes medidas:

- I - cisão, fusão e incorporação;
- II - dissolução de sociedade ou desativação parcial de seus empreendimentos;
- III - redução de capital social.

O óbice constitucional levantado seria que o art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, demandaria uma previsão específica, ou seja, que cada cisão tivesse sido autorizada detalhadamente no texto legal. Reforçaria tal pleito o fato do inciso seguinte, XX, possuir a locução "em cada caso". O dispositivo trata da formação de subsidiárias, bem como indicar outras hipóteses de reorganização societária de empresas estatais:

Art. 37. [...]

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

O Relator, Ministro Carlos Velloso, seguiu o entendimento antes expresso pelo Ministro Maurício Corrêa, em outro caso, e assim se expressou:

Interpretando, também, o inc. XIX, que fala em "lei específica", o Ministro Maurício Corrêa, na citada ADIN 1.649, deixou expresso que "lei específica e autorização em cada caso são expressões que se confundem na exegese desses dois dispositivos. Enquanto o inciso XIX refere-se à lei específica, o inciso XX muda-a para

300 BRASIL: STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.840/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 25 de junho de 1998, publicado no Diário da Justiça de 11 set. 1998, p. 03, Ementário, v. 1.922-01, p. 181.

autorização em cada caso, sem dúvida para criar distinção apenas formal dos vocábulos, e atender a gosto de estilo, dada a proximidade das duas expressões”. Também penso assim. O que se exige, na verdade, não é uma lei específica para a instituição, mediante cisão – que é o de que cuidamos, no caso – de cada uma das sucessoras da empresa-mãe, mas uma lei que autorize tal constituição. E essa lei é a Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, art. 189, I, que autorizou o Poder Executivo a adotar a cisão para a reestruturação da TELEBRAS³⁰¹.

Desta forma, é muito provável que o mérito siga o mesmo caminho que a liminar, haja vista que se trata de uma interpretação jurídica que, muito dificilmente, terá consideração divergente pelo Plenário. Ademais, a cisão societária e a venda por leilão há muito já se realizaram. O panorama jurídico pouco mudou. Mas, o panorama institucional muito foi alterado. A própria TELEBRAS S/A, que foi desmembrada de suas empresas controladas, continuou existindo, com poucas atividades, aliás. Recentemente, ela foi reformulada para assumir tarefas de provimento de serviços de telecomunicações tendo, inclusive, requerido e recebido, licença para tanto³⁰².

De modo a finalizar esta exposição sobre insurgência judicial, será descrito o conflito acerca de uma política pública central para as telecomunicações, que é o provimento de Internet por banda larga. Esta questão está imiscuída com o uso de um grande contingente de recursos, no denominado Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST).

Vale indicar que a área de telecomunicações já havia experimentado situação de aumento maciço de ações judiciais, mesmo no período anterior às privatizações. O movimento judiciário anterior, mais relevante – no campo das demandas individuais –, dizia respeito à tentativa de eximir-se do pagamento dos recursos para viabilizar o antigo Fundo Nacional de Telecomunicações, incluído depois no Fundo Nacional de Desenvolvimento. Centenas de ações de contribuintes buscaram este resultado – com sucesso – no marco jurídico anterior às privatizações. É claro que o panorama institucional contemporâneo é bem mais permeável ao acesso à justiça. Basta considerarmos a expansão de abertura que foi efetivada com os juizados especiais. Como colocou um dos entrevistados, ao comentar a judicialização das questões de consumo em telecomunicações:

301 BRASIL: STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.840/DF, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 25 jun. 1998, Acórdão disponibilizado: www.stf.jus.br, p. 192.

302 TELEBRÁS PODERÁ oferecer banda larga. O Globo, Caderno Economia, 22 jan. 2011, p. 22.

Essa judicialização é uma questão importante. O que o Judiciário veio trazer para a vida social foi os juizados especiais; ou seja, o caráter de desburocratização do Judiciário, de facilitação de acesso. Isso gerou um exercício de justiça do brasileiro. Pode-se ir à Justiça sem um advogado e pleitear seus direitos, por meio de um conciliador. Daí vem todos os convênios com as universidades, estágios, etc³⁰³.

O pleno do STF determinou a inconstitucionalidade da sobre-tarifa de telecomunicações, que vigorou de 1974 até 1984. Assim, o STF considerou que a sua destinação havia sido descaracterizada, enquanto tarifa, e havia sido transformada em um simples imposto, no período. A tarifa possui destinação determinada e poderia servir para custear melhoramentos na rede de telecomunicações. Não poderia ser utilizada, no entanto, para fins diversos, como o desenvolvimento nacional em projetos fora da área, como ocorreu³⁰⁴. Volte-se ao problema recente sobre os subsídios para universalização e a disputa judicial sobre eles.

4.4 O Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações e as disputas judiciais no seu entorno

Muito da exposição da presente tese pode ter deixado a impressão de que os problemas de telecomunicações são fortemente relacionados com questões que implicam diretamente os consumidores. Essa proposição é verdadeira. Todavia, existe outra gama de litígios que afetam todos os cidadãos. Um bom exemplo é a questão do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) e a necessidade de expansão do acesso à Internet, em banda larga.

Preliminarmente, será realizada uma pequena introdução histórica ao tema. O horizonte de comparação é o caso americano, bem como a demonstração da evidente inspiração daquele cenário pelo caso brasileiro. Será relatado como o cenário de lá também

303 ALEXANDRE JOBIM, advogado do setor e membro do Conselho Consultivo da ANATEL, entrevista, Brasília, 18 de outubro de 2006. Ficha 109.

304 BRASIL: STF. Recurso Extraordinário nº 117.315/RS, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 19 maio 1990, publicado no Diário da Justiça em 22 de junho de 1990, p. 5.870, Ementário, v. 1.586-03, p. 583.

foi apropriado no caso dos demais países da região, indicado o grave problema existente no Brasil, que é a dificuldade da regulação convergente entre os serviços telefônicos e a Internet.

O desenvolvimento do sistema telefônico moderno nos Estados Unidos está relacionado diretamente com a lógica da universalização. Todavia, uma ressalva deve ser feita em relação ao termo “universalização”. Atualmente, este conceito é entendido como a ampliação de um determinado tipo de serviço para a totalidade dos cidadãos. No início do século o conceito de universalização estava ligado à uniformização do sistema telefônico. Assim sendo, o que se entendia como universal era o funcionamento dele, que era entendido como “geral”.

A importância desta precisão conceitual pode ser acessada a partir da consequência, em termos de política pública, da afirmação de tal entendimento. Para que o serviço telefônico fosse uniformizado, o caminho adotado foi a agregação dos serviços em um único prestador. Logo, a consequência uniformizadora teve como produto a organização do monopólio da American Telephone and Telegraph Corporation, conhecida pela sigla AT&T. Esta empresa uniformizou as práticas de interconexão e permitiu a prestação regular de serviços telefônicos ao longo da maior parte do século XX, nos Estados Unidos. Ela tem sua origem na *American Bell Telephone Company*, fundada por Alexander Graham Bell, com o apoio financeiro de investidores. No seu momento de origem, existiam nos Estados Unidos diversos prestadores locais de serviços telefônicos. A noção de universalização desta fase significa, portanto, a absorção destes prestadores no Bell System³⁰⁵.

Entretanto, ocorreu uma mudança conceitual central, ao longo do século, cujo conteúdo é a leitura do termo “universalização” com o sentido de expansão da prestação dos serviços telefônicos para áreas onde sua remuneração fosse baixa (pouco interessante) ou quase inexistente (inviável). As áreas rurais, portanto, já que pouco densas e remotas, são exemplos típicos. Desta maneira, a questão da universalização, portanto, foi diretamente vinculada a uma política de subsídios cruzados no sistema telefônico. Historicamente, foram construídas três políticas públicas para concretizar este objetivo nos Estados Unidos:

305 MUELLER Jr., Milton. **Universal service: competition, interconnection, and monopoly in the making of the American telephone system**. Cambridge, MA: MIT Press, 1997. Cf. também: LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. **Competition in telecommunications**. Cambridge, MA: MIT Press, 2000, p. 217 e seg.

1. Conjunto de subsídios dados às empresas e que permitiriam que as tarifas das regiões rentáveis fomentassem as regiões pouco rentáveis, ou seja, um fomento indireto;
2. Recursos dados aos usuários, com baixa renda, para que pudessem custear os serviços telefônicos, ou seja, fomento direto;

Segundo John Mayo, apenas as duas políticas públicas transcritas são relevantes para fomentar a expansão dos sistemas de telecomunicações³⁰⁶. Ainda, na opinião deste autor, qualquer política pública de universalização deve ter atenção dirigida para existência de três pressupostos em relação aos subsídios: (a) clareza e transparência na arrecadação, com a máxima amplitude possível na base de contribuintes; (b) metas públicas de acompanhamento da sua aplicação, bem como direcionamento para aqueles que mais necessitam; e (c) definição dos subsídios de tal modo que minimizem potencial regulação forte em prol do alcance de metas. Enfim, são três conjuntos de princípios que relacionam o início (arrecadação), o meio (aplicação) e o fim (avaliação). Eles que garantiriam a potencialidade econômica da alocação dos recursos escassos. Desta forma, seria possível fazer mais com menos (“more with less”).

Uma alteração recente e muito relevante tem a ver com uma transição tecnológica. As antigas redes telefônicas são formadas por pares de cobre e transportam sinais de comunicação em baixa velocidade, por meio de modulação. Na origem, a voz é decomposta em sinais elétricos que trafegam pelas redes, em canais dedicados, para conectar dois usuários. No destino final, ela é recomposta como voz e amplificada no terminal telefônico para ser ouvida. A palavra de ordem no final do século XX e início do século XXI é a expansão da digitalização. Logo, o som ainda é decomposto; mas, não como sinais elétricos. Ela é digitalizada, ou seja, transformada em sinais de “0” ou “1”, em bits. Depois, ela é transmitida por meio das redes. A mudança é sensível em termos de velocidade porque não mais é necessário o tráfego por linha dedicada, exclusivamente. Ela pode ser transportada por pacotes. Ainda, as redes digitalizadas permitem transmissão da voz digitalizada concomitante com outros conjuntos digitalizados. Logo, uma mesma linha pode transmitir voz e Internet, ao mesmo tempo.

A Internet se tornou um fenômeno evidente e necessário. Cada vez mais, ela demanda capacidade de transmissão: volume, medidos em termos de bytes, mais velocidade, em termos de segundos; logo megabytes por segundo. A expansão destas novas redes de

306 MAYO, John. Universal service: can we do more with less? In: MAY, Randolph (Ed.). **New directions in communications policy**. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2009, p. 101 e seg.

telecomunicações exige o funcionamento de um novo tipo de infra-estrutura, em especial a fibra ótica. Sempre quando se discutem telecomunicações, o ponto central é debater o desenvolvimento do canal de comunicação. Logo, a universalização, nos Estados Unidos, está sendo dirigida à reconstrução das antigas redes de pares de cobre para novas redes digitais, baseadas em fibras óticas.

Para que isso funcione, a política pública de fomento à expansão da Internet deverá ser relacionada diretamente com a regulação dos serviços de telefonia fixa comutada. As empresas telefônicas já são – e tenderão a ser mais ainda – empresas provedoras de infra-estrutura de comunicação digital. Elas não mais serão apenas prestadoras de serviços de comunicação por voz.

4.4.1 A universalização no Brasil e na América Latina

O sistema de telecomunicações no Brasil foi realmente organizado após a Lei nº 4.117, de 1962, também denominada Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT). Esta Lei autorizou que a União federal criasse uma empresa estatal para desenvolver e gerir o sistema nacional de telecomunicações, bem como previu a instituição de um mecanismo de transferência de recursos para tanto. Portanto, o CBT determinou a formação do Fundo Nacional de Telecomunicações, bem como normalizou a noção de sobre-tarifa arrecadar e, posteriormente, investir na implantação do sistema nacional em áreas não rentáveis.

Art. 42. É o Poder Executivo autorizado a constituir uma entidade autônoma, sob a forma de empresa pública, de cujo capital participem exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, bancos e empresas governamentais, com o fim de explorar industrialmente serviços de telecomunicações postos, nos termos da presente lei, sob o regime de exploração direta da União.

[...]

§5º Os recursos da nova entidade serão constituídos:

- a) das tarifas cobradas pela prestação de seus serviços;
- b) dos recursos do Fundo Nacional de Telecomunicações criado no art. 51 desta lei, cuja aplicação obedecerá ao Plano Nacional de Telecomunicações elaborado pelo Conselho Nacional de Telecomunicações e aprovado por decreto do Presidente da República;
- c) das dotações consignadas no Orçamento Geral da União;
- d) do produto de operações de crédito, juros de depósitos bancários, rendas de bens patrimoniais, venda de materiais inservíveis ou de bens patrimoniais.

Assim, o capítulo VI, do Código Brasileiro de Telecomunicações previa a formação do Fundo, indicando que ele receberia as denominadas sobre-tarifas que incidiriam que operações que subsidiariam a expansão do sistema:

Art. 51. É criado o Fundo Nacional de Telecomunicações constituído dos recursos abaixo relacionados, os quais serão arrecadados pelo prazo de 10 (dez) anos e postos à disposição da entidade a que se refere o art. 42 para serem aplicados na forma prescrita no Plano Nacional de Telecomunicações, elaborado pelo Conselho Nacional de Telecomunicações e aprovado por decreto do Presidente da República:

- a) produto de arrecadação de sobre-tarifas criadas pelo Conselho Nacional de Telecomunicações sobre qualquer serviço de telecomunicação, prestado pelo Departamento dos Correios e Telégrafos, por empresas concessionárias ou permissionárias, inclusive tráfego mútuo, taxas terminais e taxas de radiodifusão e radioamadorismo, não podendo, porém, a sobre-tarifa, ir além de 30% (trinta por cento) da tarifa;
- b) juros dos depósitos bancários de recursos do próprio fundo e produto de operações de crédito por êle garantidas;
- c) rendas eventuais, inclusive donativos.

A empresa constituída foi a Empresa Brasileira de Telecomunicações, cujo acrônimo é Embratel. Ela ficou responsável por estruturar o sistema de transporte de sinais de telecomunicações no âmbito do território brasileiro e ligá-lo com o exterior. A futura “holding” do sistema, denominada Telecomunicações Brasileiras S/A, somente seria criada após lei específica de autorização, ou seja, pela Lei n. 5792, de 11 jul. de 1972. O Fundo foi revogado pelo Decreto-Lei n. 2.186, de 20 dez. 1984. Essas duas empresas, com as suas subsidiárias, expandiram e acabaram por formar uma rede nacional de telecomunicações. Essa rede é referida na Constituição Federal de 1988 como sistema público telecomunicações. O antigo Código não continha nenhuma menção ao conceito de universalização, curiosamente. Todavia, é possível indicar que ele estava fortemente relacionado ao conceito norte-americano, já que o Brasil enfrentava, na década de 60, do século XX, em diante, o mesmo problema: ordenar um sistema pleno e interconectado.

Quando da privatização do sistema e da liberalização do mercado, ocorrida no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, e relatada no primeiro capítulo, a nova Lei Geral de Telecomunicações (Lei n° 9.472, de 1997) deu enorme destaque ao tema da universalização. Existem 24 menções ao termo naquele diploma normativo, se incluiu-se o verbo “universalizar”, que aparece uma vez no texto legal. A literatura jurídica que floresceu com o tema do Direito das Telecomunicações deu amplo destaque ao problema, também. Aliás, é possível mencionar que ele foi colocado como um dos pilares centrais da nova proposta de arranjo do referido setor.

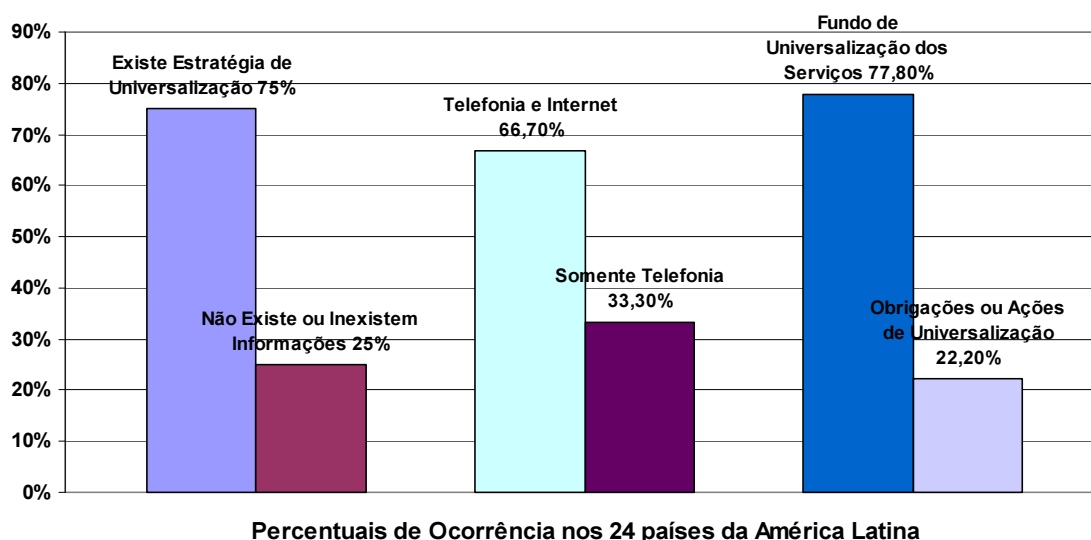
Este conceito de universalização está relacionado com dois conteúdos, após a LGT: (1) disponibilização de alguns tipos de serviços para todos os cidadãos; e (2) ampliação da interconexão funcional entre as empresas, aumentando a competição, diminuindo as tarifas, possibilitando a expansão das redes. Note que os dois termos não são incompatíveis, em princípio. Todavia, tem sido muito difícil produzir sinergia entre a noção de universalização e competição, nos moldes da política pública inicialmente intencionada.

Esses dois conteúdos foram erguidos em duas estruturas legais: (1) a instituição do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações, que substituiria a política de sobre-tarifas do FNT, porém manteria o caráter re-distributivo dele; e (2) o estabelecimento de obrigações e metas para universalização de alguns serviços. Para compreender estes dois mecanismos, é interessante entender que esta política pública do Brasil era parecida com aquelas construídas nos vários países da América Latina, que é o próximo passo.

Antes de detalhar as políticas de universalização, em sentido mais amplo, cabe indicar que o caso judiciário que será analisado foi escolhido com a pressuposição de que a boa gestão do Fundo de Universalização das Telecomunicações é uma estratégia necessária para que haja desenvolvimento econômico e social. Esta concepção é embasada na análise da nossa região. Existem 34 países na América Latina. Todavia, é possível agregar 9 deles num conjunto denominado “Ilhas Caribenhas”. Portanto, fica-se com 24 países, incluindo tal conjunto. Destes, a larga maioria utiliza a estratégia de fundos de universalização dos serviços.

O dado mais relevante é que a maioria dos países tem os seus fundos com foco na questão da telefonia e do provimento à Internet, convergentemente. Obviamente, as duas questões estão plenamente ligadas, como exposto anteriormente. Isso decorre do fato de que as novas redes de telecomunicações são convergentes, ou seja, possuem a capacidade de transmitir dados e voz ao mesmo tempo, em boa velocidade. Tal capacidade decorre principalmente da digitalização dos sistemas.

Figura 13 – Estratégias de Universalização dos TIC na América Latina



Fonte: Construído a partir de dados oriundos de REY, Nathaly. **Acesso universal en Latinoamérica: situación y desafíos**. Genève: International Telecommunications Union (ITU), 2006. 9 p. Disponível: <http://www.itu.int>

O quadro abaixo indica que a opção mais evidente para formação de políticas públicas orientadas à expansão das telecomunicações tem o binômio “fundo” e “telefonia + Internet”. Isto parece bastante razoável ao se analisar o caso dos Estados Unidos, como foi realizado há pouco. Todavia, uma perplexidade se assoma na listagem dos países. As duas maiores economias da América Central, do Sul e Caribe, têm foco apenas na telefonia para expansão das telecomunicações, ainda que por meio de um fundo de universalização. Em outras palavras, o Brasil e o México adotam políticas e minoritárias para este objetivo.

Quadro 27 – Estratégias de universalização por países na América Latina

Estratégia de universalização e abrangência	Quant.	País ou Conjunto
Fundo de serviço universal somente para telefonia	04	El Salvador, Guatemala, México e Brasil.
Fundo de serviço universal para telefonia e Internet	10	República Dominicana, Costa Rica, Nicarágua, Argentina, Venezuela, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai e Peru.
Obrigações ou ações de serviço universal somente para telefonia	02	Panamá e Bolívia.
Obrigações ou ações de serviço universal para telefonia e Internet	02	Cuba e Uruguai.
Não existe política ou inexistem informações	07	Honduras, Haiti, Jamaica, Belize, Guiana, Suriname e Ilhas caribenhas (Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Dominica, Granada, Santa Lúcia, São Cristóvão e Névis, São Vicente e Granadinas, Trinidad e Tobago).

Fonte: Construído a partir de dados oriundos de REY, Nathaly. **Acesso universal en Latinoamérica: situación y desafíos**. Genève: International Telecommunications Union (ITU), 2006. 9 p. Disponível: <http://www.itu.int>

O que ocorre no Brasil é que a política pública foi desenhada para atingir um objetivo que rapidamente foi atingido por meio de obrigações e metas de serviço universal, com foco na telefonia fixa comutada, somente. O estudo da ITU não conseguiu analisar e incluir esta peculiaridade do caso nacional. Ao se atingir este objetivo, rapidamente e sem necessidade de fruir do FUST, tal meta tornou-se pouco relevante, ainda que expressa na legislação vigente. Logo, o Brasil não tem mais motivos para demandar o direcionamento de recursos para expandir a oferta de serviços de telefonia fixa comutada. O horizonte de necessidade é a expansão da oferta de acesso qualificado à Internet, ou seja, banda larga (“broadband” Internet).

4.4.2 O problema atual no Brasil

Para continuar esta explicação contextual, é necessário reiterar que o Brasil adotou dois sistemas de universalização. No próximo tópico, será frisado que apesar da amplitude, eles foram restritos, ou seja, visavam atacar somente um tipo de serviço: a telefonia fixa comutada. Isso gerou o pano de fundo para a emergência dos problemas de política pública, que serão apresentados posteriormente. Como estes problemas não foram solucionados, que a hipótese que preside o presente trabalho, eles foram vertidos ao Poder Judiciário na forma de processos.

A Lei Geral de Telecomunicações adotou dois mecanismos para a busca da universalização dos serviços de telecomunicações. O primeiro foi a manutenção da lógica de um Fundo para efetivar a universalização. Ele foi previsto com incidência no modelo dos serviços de telecomunicações prestados no regime público. Esta divisão já foi demonstrada no capítulo inicial do presente trabalho, que tratou da liberalização.

Quadro 28 – Meios normativos para a universalização

	Fundo de Universalização	Obrigações e Metas para Universalização
Previsão	Previsão pelo art. 48, §2º, tendo havido sua organização posterior por força da Lei nº 9.998, de 17 ago. 2000.	Ação reguladora, cf. art. 79, “caput” e §1º, pautada essa por metas aprovadas pelo Ministro das Comunicações (cf. art. 18, III), após ouvir a opinião do Conselho Consultivo (cf. art. 35, I) e do Conselho Diretor da ANATEL.
Incidência	O art. 81, II, indica a recuperação dos recursos das concessionárias com verbas do Fundo.	Existência nos serviços prestados no regime público, cf. art. 62 e seg.
Efetivação	Receitas previstas pelo art. 41, §2º, planejamento financeiro plurianual revisto no art. 49, §2º, bem como previsão na Lei Orçamentária Anual, cf. art. 49, §3º.	Cláusula no contrato de concessão, cf. art. 93, IV e art. 96, VI, assim como elemento das licitações para concessão, cf. art. 89, II, bem como do leilão de venda das empresas cf. art. 199.
Punição	Inexiste	O art. 82, fixa a possibilidade de intervenção na concessão, por descumprimento de metas, reiterada no art. 110, V.

Deve ser visualizado que, como indicado no início desse trabalho, os grupos adquirentes das antigas empresas estatais privatizadas receberam a outorga das correspondentes concessões para prestação dos respectivos e concernentes serviços. Tais serviços tinham um termo fixado em 2005.

Art. 207. No prazo máximo de sessenta dias a contar da publicação desta Lei, as atuais prestadoras do serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral, inclusive as referidas no art. 187 desta Lei, bem como do serviço dos troncos e suas conexões internacionais, deverão pleitear a celebração de contrato de concessão, que será efetivada em até vinte e quatro meses a contar da publicação desta Lei.

§1º A concessão, cujo objeto será determinado em função do plano geral de outorgas, será feita a título gratuito, com termo final fixado para o dia 31 de dezembro de 2005, assegurado o direito à prorrogação única por vinte anos, a título oneroso, desde que observado o disposto no Título II do Livro III desta Lei.

Deve ser ressaltada a opinião de um dos entrevistados, cujo sentido lógico é irrepreensível: as políticas de telecomunicações do país foram construídas por meio da LGT, todavia, com um horizonte limitado ao ano de 2005:

Então, é uma combinação de responsabilidades entre o Executivo e o Legislativo, para poder definir uma coisa de longo prazo. Então, hoje, um dos maiores problemas

que nós temos aqui no Brasil é essa falta de rumo. Porque o projeto foi definido com uma visão até 2005³⁰⁷.

Ele ainda relatou dois motivos para a definição deste horizonte temporal. O primeiro motivo era a existência de uma pluralidade de situações em relação aos contratos de concessão. Não havia um paralelismo entre eles, o que acarretaria datas diferentes de renovação e maior dificuldade para organizar e regular o setor:

Ele foi colocado até 2005, primeiro porque existiam algumas empresas operadoras, ou seja, alguns contratos de concessão, como o que existia com a CTBC [Companhia Telefônica do Brasil Central], de Uberlândia. Acho que a TELESP tinha contrato. A TELEMIG também tinha. Enfim, algumas empresas tinham. Mas, nem todas tinham contrato de concessão. Ainda mais, havia alguns contratos de concessão que venciam em 2001, 2002 e 2003. Era uma confusão, ou coisa assim³⁰⁸.

O segundo motivo é que existia a necessidade de estruturação da ANATEL, que não poderia ser realizada de forma célere. Assim, existia uma possibilidade de renovação dos contratos vigentes, no horizonte de 2001 até 2003. Todavia, seria temerário renová-los por vinte anos, ao mesmo passo em que se organizava a privatização e a liberalização do setor:

Tinha uma série de regras, que a ANATEL tinha que desenvolver e colocar em prática para suportar a existência de um contrato de vinte anos. Não dava para a ANATEL fazer isso entre novembro de 97 e julho de 98, quando foi feita a privatização. Naquele momento apenas existia um conjunto de regulamentos básicos que se precisava fazer³⁰⁹.

Fica patente a concepção de que a Lei Geral de Telecomunicações continha um certo limite, que emperrou a utilização da FUST. Todavia, a ANATEL caminhou para resolver este problema com a tentativa de instituir um outro serviço para funcionar no regime público, que seria atinente ao provimento de Internet: o Serviço de Comunicação Digital. Para continuar a compreensão da inação na definição da política pública, que gera a judicialização, há que

307 RENATO NAVARRO GUERREIRO, antigo dirigente do Ministério das Comunicações e antigo Presidente da ANATEL, entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006. Ficha 79.

308 RENATO NAVARRO GUERREIRO, antigo dirigente do Ministério das Comunicações e antigo Presidente da ANATEL, entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006. Ficha 85.

309 RENATO NAVARRO GUERREIRO, antigo dirigente do Ministério das Comunicações e antigo Presidente da ANATEL, entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006. Ficha 85.

retornar à experiência internacional e visualizar que, nos Estados Unidos, foi dado destaque ao problema da difusão e atualização das redes para o provimento de Internet.

4.4.3 A mudança no escopo da política no Brasil

O tema da universalização do acesso às tecnologias, no contexto da Internet, é de evidente importância para o desenvolvimento econômico e social. Esta questão é ressaltada pela atuação de organismos internacionais como a União Internacional de Telecomunicações (ITU) e diversos agentes sociais transnacionais (ONGs). O governo dos Estados Unidos da América identificou o problema e construiu diversas políticas para investir em redes de nova geração para estimular a expansão da Internet naquele país, como já relatado³¹⁰.

No caso do Brasil, isso não ocorreu de forma planejada. Dada a inexistência efetiva de políticas públicas, o Tribunal de Contas da União foi instado para atuar no caso da inexecução das receitas arrecadadas pelo FUST. Assim, a ação do Tribunal de Contas da União pode demonstrar o problema nacional. O caso gerador para um debate está consubstanciado num acórdão do Tribunal de Contas da União, que analisou a paralisia do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações. A atuação da corte de contas serve para demonstrar o grave problema da inexistência de uma política pública eficiente para: (1) expandir a plataforma tecnológica, ou seja, a infra-estrutura instalada no país; e (2) fortalecer novos meios de interação entre estes novos usuários e o sistema, com a democratização das redes.

Este Acórdão é didático. Ele serve para explicar o funcionamento do referido Fundo e permite o debate acerca das disputas que tomaram corpo no seu entorno. Tais disputas têm o objetivo de garantir a utilização dos recursos acumulados ao longo de anos para direcionar: (1) com qual serviço (telefonia fixa comutada, ou outro) deve ser gasto o montante de recursos; (2) quem poderá realizar a execução destes gastos (as concessionárias apenas, ou quaisquer prestadores de serviço, ou o poder público, diretamente). Podemos construir uma

³¹⁰ MAYO, John. Universal service: can we do more with less? In: MAY, Randolph (Ed.). **New directions in communications policy**. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2009, p. 101 e seg.

cronologia sintética sobre os principais acontecimentos que desembocam nesta luta pela direção dos recursos do Fundo.

Quadro 29 – Cronologia da luta pelo FUST

Ano	Principal acontecimento ³¹¹
2000	Instituição do Fundo pela Lei n. 9.989, 17 de agosto de 2000 e sua regulamentação pelo Decreto n° 3.624, de 5 de outubro de 2000, e pela Resolução 246, de 14 de dezembro de 2000.
2001	Tentativa de licitação para execução de serviços de disponibilização de banda-larga (“broad-band”) nas escolas com recursos do FUST. A execução ficaria aos cuidados das concessionárias. Suspensão judicial da licitação por volta de set. 2001 ³¹² .
2002	Consulta Pública n. 325, da ANATEL sobre a utilização do Fundo.
2003	Luta judicial das prestadoras dos serviços de TV cabo para não recolher recursos ao FUST, com o fundamento de que ele somente tem sentido de ser cobrado dos serviços de telefonia. Derrota destas pretensões.
2004	Tentativa de construção de um novo serviço de telecomunicações para recebimento dos recursos do FUST, na gestão de Pedro Jaime Ziller, na ANATEL: Serviço de Comunicação Digital (SCD).
2005	Inexecução do SCD e troca da presidência da ANATEL com a nomeação de Elifas Gurgel ao cargo de dirigente máximo. Início da tentativa de instituir programas de uso do FUST para a educação.
2005 e 2006	Onda judicial das concessionárias (telefonia fixa comutada) para não recolher recursos ao FUST com o fundamento de sua inexecução continuada. Onda judicial das empresas autorizadas e prestadoras (telefonia móvel) para não mais recolher receitas de interconexão ao FUST com o fundamento de que isso configuraria bi-tributação. Ambos os pedidos foram negados. Briga com a bi-tributação instituída pela Súmula 07, da ANATEL.
2007	Continuada letargia no uso dos recursos do FUST.
2009	Aparecimento do Plano Nacional de Banda Larga.
2011	Autorização da TELEBRAS S/A para a prestação de serviços de telecomunicações pela ANATEL.

O Ministério das Comunicações, na direção do Ministro Eunício Oliveira estava atento ao problema. O referido Ministro Eunício substituiu o Ministro Miro Teixeira, que havia se indisposto fortemente com a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) por defender uma mudança substantiva na base de cálculo dos reajustes das tarifas dos serviços de telefonia fixa comutada (STFC). O tema do FUST ainda hoje preocupa diversas entidades especializadas. Entretanto, ele é um problema que atinge de forma central a difusão do conhecimento e das informações. Logo, é um problema que aflige a população e possui

311 Foram utilizados dados de um blog, da Internet, para organização das informações. Cf. COMUNIDADE WIRELESS Brasil. Fundo de Universalização de Serviços de Telecomunicações. Disponível: <http://www.wirelessbrasil.org>

312 JUSTIÇA MANTÉM liminar que impede a licitação do FUST. Plantão Info / E-Business, Editora Abril, 03 set. 2001, Disponível: <http://info.abril.com.br/aberto/infonews/092001/03092001-15.shl>

impacto direto nos direitos dos cidadãos. Não é possível pugnar por uma sociedade democrática sem que haja liberdade de expressão e comunicação, bem como acesso ao conhecimento. Não é possível o exercício pleno destes direitos sem que haja uma infraestrutura de TIC desenvolvida e livre. A Conferência de Direitos Humanos do Estado de São Paulo no rol de proposições aprovadas reconheceu a importância do tema:

23. Garantir, através dos órgãos estatais competentes, que a gestão e a administração da estrutura da comunicação no país sejam geridas pelo interesse público, garantindo igualdade de acesso aos meios de comunicação a todos os cidadãos e cidadãs. Hoje, o poder político e o poder econômico fazem com que apenas um pequeno grupo empresarial/familiar concentre a maior parte das concessões de rádio e TV, assim como as opções mercadológicas, regidas pelo interesse privado, impedem o acesso de milhões de pessoas – sobretudo no meio rural e nas zonas pobres das cidades – a meios como a Internet, a televisão a cabo e até mesmo a telefonia fixa. Os recursos do FUST (Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações), hoje contingenciados, devem ser usados para inverter esta lógica.

Como pode ser notado, há menção explícita ao problema da universalização das telecomunicações e do FUST, além de uma larga menção ao dilema da radiodifusão, no texto da referida Conferência³¹³. O FUST localiza-se como um problema central do setor e das políticas de telecomunicações. Assim, o relatório de atividades da Secretaria de Telecomunicações do Ministério das Comunicações, cujo objeto primário foi compendiar os eventos ocorridos no ano de 2004, indicava a ação em prol da resolução do dilema do FUST:

Nossa análise: Ao tomar posse, em 1º de janeiro de 2003, o governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva encontrou os diversos programas que tratam do FUST carecendo de aperfeiçoamentos que pudessem viabilizar a sua efetiva implementação. Entre as dificuldades para utilização dos recursos do FUST, uma era a interpretação divergente da legislação específica do setor, face a Lei 8.666/1993, conhecida como Lei de Licitações.

Onde Queremos chegar: Diante dos obstáculos encontrados para a operacionalização de aplicação dos recursos do FUST, o Ministério das Comunicações vem tomando diversas iniciativas visando não apenas viabilizá-los, mas principalmente redirecioná-los, com base nas políticas sociais e de inclusão digital do governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Exemplo dessa Política: O Ministério das Comunicações realizou as seguintes atividades:

[...] - Consulta ao Tribunal de Contas da União - TCU sobre os meios à disposição da Administração Pública Federal para a efetiva aplicação dos recursos do FUST.

Avaliação dessa Política: A ANATEL, a partir de orientações do MC, colocou em consulta pública documentos relativos ao novo serviço prestado em regime público,

313 Existe um movimento bastante organizado atuando na questão da comunicação social. Todavia, a questão da infra-estrutura de telecomunicações é pouco abordada nesta contenda. Cf.

http://ww2.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/cidadania/cmdh/0174/relatorio_final.doc

como uma alternativa para utilização dos recursos do FUST. Uma comissão mista formada pelo MC e ANATEL analisou e consolidou todas as contribuições e forneceu subsídios para a preparação dos documentos encaminhados ao Conselho Diretor da ANATEL. Em outubro de 2004, o Conselho Diretor daquela agência nacional aprovou a criação do Serviço de Comunicações Digitais (SCD) e encaminhou a respectiva documentação ao Ministério das Comunicações. No final de novembro de 2004, o DESUT recebeu o referido processo e (e desde então) vem promovendo as análises pertinentes. A STE, através do DESUT, tem como prioridade a aplicação dos recursos do FUST no ano de 2005³¹⁴.

Como pode ser depreendido, o nó central do problema relacionado com a universalização está diretamente adstrito com a inexistência de uma reavaliação do marco regulatório para a combinação entre serviços de telefonia fixa comutada com os serviços de provimento de acesso à Internet. Um dos entrevistados deixou isso de forma absolutamente clara:

O cidadão, ao usar o serviço [prestado em regime] público, está subsidiando uma concorrência vigorosa e que não necessariamente está acontecendo com o outro cidadão que tem um pré-pago. Essa concorrência está acontecendo aqui no âmbito do *crème de la crème* dos usuários. É ali que eles estão financiando aparelho, dando aparelho para um monte de coisa. Então, tem uma distorção. Eu chego a achar que é uma ilegalidade, na adoção desse modelo. Tem uma coisa que precisa ser corrigida no modelo, não tenho dúvida. Acho que a gente acertou muito mais do que errou, mas tem coisas que precisam ser revisitadas e atualizadas e certamente essa é uma das coisas que precisam ser olhadas. Primeiro, é o serviço telefônico fixo comutado, que é o serviço que deve ser universalizado. Honestamente, hoje já não parece que deva ser. Provavelmente, é um serviço de acesso a redes de informações. Um serviço de acesso à Internet³¹⁵.

Não houve a definição de uma política pública para responder o problema da expansão da Internet, como bem demonstra a Auditoria Operacional do TCU. Consequentemente, foi aberta a janela de entrada para o surgimento de demandas. O dado curioso, nesse caso, é que a judicialização da política pública foi iniciada com base na defesa dos interesses das concessionárias e não dos cidadãos. Além, da judicialização da questão, relacionada com os recursos do FUST, há um novidade no cenário. Em 2010, o Ministério das Comunicações colocou em marcha um ambicioso plano para expansão da banda larga no Brasil³¹⁶. O Plano

314 Cf. BRASIL: Secretaria de Telecomunicações. **Relatório de atividades 2004**. Brasília, DF: Ministério das Comunicações, 2005. (mimeo.). Disponível: <http://www.mc.gov.br>. p. 14.

315 RENATO NAVARRO GUERREIRO, antigo dirigente do Ministério das Comunicações e antigo Presidente da ANATEL, Entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006. Ficha 80.

316 BRASIL: Ministério das Comunicações. Plano Nacional de Banda Larga: o Brasil em alta velocidade. Brasília, nov. 2009. 197 p. Disponível: <http://www.mc.gov.br>.

envolveu até a reativação operacional da TELEBRAS S/A para prestação dos serviços de telecomunicações³¹⁷.

4.4.4 A judicialização em prol do não recolhimento por parte das prestadoras

A maior parte das ações foi ajuizada na Justiça Federal do Distrito Federal e Territórios, em Brasília. Elas consistiram em mandados de segurança contra a Agência Nacional de Telecomunicações, com o objetivo de sustar o recolhimento de 1% da receita bruta das operadoras de telecomunicações ao FUST. Existem três lógicas para dois pedidos diferentes, na verdade.

Quadro 30 – Pedido e fundamentação das ações contra o FUST

Lógica	Pedido e fundamento	Consequência
Primeira	Não recolher FUST para a exploração de linhas industriais dedicadas (trancos nacionais e internacionais) e interconexão. O FUST deve ser recolhido sobre as receitas brutas auferidas apenas pelos consumidores.	Só uma parte do FUST deixaria de ser recolhida, àquela que estaria sendo demandada pela Súmula nº 07 / 2005, da ANATEL, que seria ilegal
Segunda	A Lei nº 9.998 / 2000 seria inconstitucional. Teria que ser uma Lei Complementar e não ordinária.	Não seria mais cabível nenhum recolhimento do FUST, até a edição de nova Lei Complementar.
Terceira	O impasse na política pública para o FUST estaria ligado ao seu desvio de finalidade. Mesmo o que foi usado não poderia ter sido em Educação. Só em serviços de telecomunicações, no regime público, ou seja, STFC.	Não seria mais cabível nenhum recolhimento do FUST, até a regularização do seu uso.

O primeiro pedido foi baseado na concepção de que não seria devido o recolhimento do FUST em relação às receitas auferidas por conta da remuneração das redes, pagas entre as operadoras. Neste pedido, o que se atacava era a existência de uma dupla incidência da contribuição. As operadoras argumentaram que já recolhiam 1% nas ligações dos clientes, em observância a Resolução nº 247, da ANATEL:

317 TELEBRÁS poderá oferecer banda larga. O Globo, Caderno Economia, 22 jan. 2011, p. 22.

Art. 4º A contribuição para o FUST é devida por todas as prestadoras de serviços de telecomunicações, à alíquota de um por cento sobre o valor da receita operacional bruta de cada mês civil, decorrente da prestação dos serviços de telecomunicações de que trata o art. 60 da Lei nº 9.472, de 1997, tendo início a exigibilidade contributiva em 02.01.2001, nos termos do art.13, da Lei nº 9.998/2000, e dos arts. 7º, §1º e 23, do Decreto nº 3.624/2000.

§1º A Receita Operacional Bruta de que trata este artigo é aquela decorrente da prestação de serviços de telecomunicações remunerados por preços ou tarifas.

§2º Deduz-se da base de cálculo de que trata o **caput** os valores do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, incidentes sobre a mesma base.

§3º Não haverá a incidência da contribuição de que trata este artigo sobre as transferências feitas de uma prestadora de serviços de telecomunicações para outra e sobre as quais já tenha havido o recolhimento por parte da prestadora que emitiu a conta ao usuário, na forma do disposto no artigo 10 da Lei nº 9.998 de 2000.

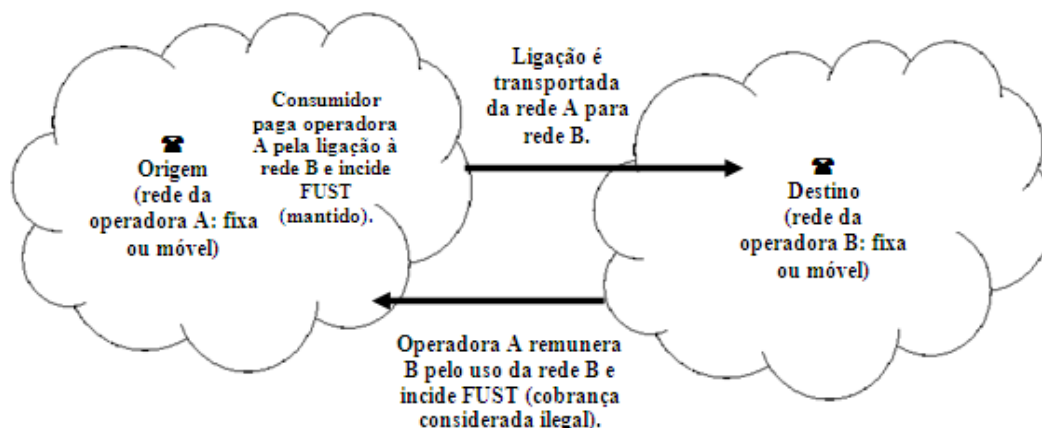
Essa situação inusitada, portanto, foi decorrente de uma Súmula, numerada 07, aprovada pelo Conselho Diretor da ANATEL, que realizou a interpretação da Resolução anterior, com a seguinte conclusão:

Não podem ser excluídas da base de cálculo das contribuições ao FUST, dentre outras, as receitas a serem repassadas às prestadoras de serviços de telecomunicações a título de remuneração de interconexão e pelo uso de recursos integrantes de suas redes.

Não podem ser excluídas da base de cálculo das contribuições ao FUST, dentre outras, as receitas recebidas de prestadoras de serviços de telecomunicações a título de remuneração de interconexão e pelo uso de recursos integrantes de suas redes.

Logo, quando fossem ressarcidas por outra operadora, pela passagem em sua rede, argumentavam as empresas que a referida ligação já teria gerado o crédito, pago pela operadora que originou a ligação. Portanto, a operadora ressarcida não deveria novamente recolher 1% para o FUST, com base no §3º, do art. 4º, da Resolução. A figura abaixo sintetiza, de forma didática, a remuneração de redes.

Figura 14 – Remuneração de redes entre operadoras de telecomunicações



Fonte: Formulação própria.

Um exemplo de concessão de liminar sobre este pedido foi o Mandado de Segurança 2006.34.00.002861-6/DF, impetrado pela TIM S/A contra a ANATEL. A liminar foi negada na primeira instância, tendo sido concedida pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF-1) em Agravo de Instrumento. O objeto deste ataque não era a Lei nº 9.998 / 2000. Era a antes mencionada Súmula nº 07 / 2005, do Conselho Diretor da Agência. A tendência é de que tal demanda prospere porque é realmente pouco razoável criar esta cobrança dupla. No mesmo sentido a Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, do TRF-1, decidiu Agravo de Instrumento contra o Mandado de Segurança 2006.34.00.011144-7/DF, impetrado pela NEXTEL S/A. Todavia, a decisão foi interpretada no sentido de conceder efeito devolutivo, pelo juízo de primeira instância. Deste modo, até que a decisão principal fosse proferida pelo Tribunal, deveria a NEXTEL S/A recolher a contribuição atacada. Ele interpôs Agravo de Instrumento, no mesmo processo, para receber sua liminar o efeito suspensivo. A citada Desembargadora Federal reconheceu que a atribuição de tal efeito poderia não ser cabível. Todavia, indicou que:

A jurisprudência majoritária, em face da autorização ampla conferida ao relator nos termos do art. 558 do CPC, permite que se confira, excepcionalmente, efeito suspensivo ao recurso de apelação em mandado de segurança, de modo a restabelecer liminar anteriormente concedida, nos casos em que demonstrada a plausibilidade do direito da requerente e o perigo de dano grave e de difícil reparação a ensejar seu pedido.

Permanecem patentes os elementos sobre os quais fundamentei minha convicção, a ensejar a manutenção da proteção liminar concedida nos autos do processo principal

tendo tal medida a finalidade de emprestar maior segurança à prestação jurisdicional³¹⁸.

A sua justificativa formal foi de que o efeito suspensivo realmente não poderia ser concedido pela primeira instância. Tão somente o Tribunal poderia fazê-lo, como havia ocorrido no caso concreto. Com esta decisão, o recolhimento ficou suspenso até o julgamento da lide principal pelo Tribunal.

As operadoras de telefonia fixa comutada também se sentiram atacadas pela Súmula n. 07, de 2005. Assim, elas impetraram Mandados de Segurança. A Associação Brasileira de Concessionárias de Telefonia Fixa Comutada (ABRAFIX), entidade que as congrega, impetrou medida judicial semelhante à acima descrita. Assim, no Agravo de Instrumento nº2006.01.00.007606-9/DF, contra a decisão do Mandado de Segurança nº 2006.34.00.000369-4/DF, foi obtido resultado favorável. Pela decisão prolatada, elas receberam o pleito, no tange o reconhecimento a vedação da bitributação:

Refutam o fundamento da decisão agravada de que não podem ser excluídas da base de cálculo das contribuições ao FUST as receitas a serem repassadas a prestadoras de serviços de telecomunicações a título de remuneração de interconexão e pelo uso de recursos integrantes de suas redes, recorrendo às razões atinentes à não-cumulatividade prevista no art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 9.998/2000, que, por tratar de desoneração tributária, deve ser interpretado à luz do art. 111 do CTN, sendo a única interpretação possível à norma a de que tal desoneração se daria via dedução dos custos de interconexão arcados pelas prestadoras de serviços de telecomunicações que enviam a conta aos seus usuários (fl. 41).

Salientam que outro não pode ser a compreensão a respeito da não-cumulatividade, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia tributária, pois as empresas que prestam serviços para seus clientes sem contratação de rede de terceiros (para a exploração de serviços de interconexão de redes ou rede de Exploração Industrial de Linha Dedicada – EILD), em razão de possuírem rede própria, estariam em grande vantagem em relação às que não a possuem. Assim sendo, os valores transferidos entre as prestadoras de serviços não devem compor a base de cálculo da contribuição ao FUST, e a prestadora que aufera a receita de telecomunicação transferida deve pagar a contribuição ao FUST sobre esta base de cálculo própria de sua atividade, devendo a prestadora, que emite a conta ao usuário, deduzir tal fatia de sua base de cálculo³¹⁹.

318 BRASIL: TRF-1. Agravo de Instrumento n. 2008.01.00.014566-7/DF, Rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso, 02 abr. 2008. Processo originário: Mandado de segurança n. 2006.34.00.011144-7/DF. Disponível: <http://www.trf-1.jus.br>.

319 BRASIL: TRF-1. Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.007606-9/DF, Rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso, 02 abr. 2008. Processo originário: Mandado de segurança n. 2006.34.00.000369-4/DF. Disponível: <http://www.trf-1.jus.br>.

Esta decisão é paradigmática e aclara o tema de forma límpida. Ela serviu de base para o presente texto, aliás. A decisão sobre o primeiro pedido se repete em vários Agravos de Instrumento impetrados contra a denegação de liminar em Mandados de Segurança, sempre tendo por base a lógica contra a aplicação da referida Súmula nº 07/2005³²⁰.

Contudo, o outro pedido é mais delicado. Por meio dele, as empresas concessionárias perseguiram não mais recolher o 1% referente ao FUST. Ele pode ser compreendido pelo referido Agravo de Instrumento, interposto contra a decisão do Mandado de Segurança impetrado pela ABRAFIX contra a ANATEL. O pedido se funda em duas lógicas, como descrito no início deste tópico. A primeira é a alegação de inobservância da destinação do Fundo para o desenvolvimento dos serviços de telecomunicações. Todavia, o argumento é baseado numa interpretação bastante complexa. Argumentava a ABRAFIX que tanto a Lei nº 9.472/97, quanto a Lei nº 9.998/2000 (que instituiu o FUST), exigiu que os gastos fossem realizados somente em serviços públicos de telecomunicações. Logo, tal verba somente poderia ser utilizada no Serviço de Telefonia Fixa Comutada, já que o Serviço de Comunicações Digitais (proposto em 2001, como descrito antes) não foi regulamentado. Como existiria inação do Estado, as operadoras não poderiam mais ser tributadas. O Desembargador Federal não acatou este argumento:

De outro lado, se é certo que a Suprema Corte, no julgamento da ADIN nº 2.925-8/DF, rechaçou a possibilidade de vir a ser desviada a destinação dos recursos oriundos de contribuição de intervenção no domínio econômico, o que, entretanto, não é o caso dos autos, eis que neles se alega o represamento de recursos, com a sua não aplicação, há anos, na sua finalidade precípua, sem que se afirme, contudo, aplicação de tais recursos em finalidade diversa daquela prevista na lei que criou a exação.

A segunda lógica é ainda mais complicada para ser aceita. Ela complementa a segunda pretensão de não mais recolher para o FUST com a justificativa de que a Lei nº 9.998/2000, que o instituiu, seria inconstitucional. Para a ABRAFIX, a cobrança ao FUST deveria ter sido instituída por meio de Lei Complementar, a semelhança do que ocorreu com as CIDE (contribuição de intervenção no domínio econômico). No caso concreto, o TRF-1 apenas acolheu a argumentação referente ao mesmo pedido das operadoras dos serviços móveis. Para

320 BRASIL: TRF-1. Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.035193-9/DF, Rel.Des. Fed. Carlos Mathias, 09 nov. 2006, Processo originário: Mandado de Segurança n. 2006.34.00.018012-6/DF. Disponível: <http://www.trf-1.jus.br>.

o Desembargador, em decisão sobre o agravo de instrumento, seria precipitado decidir o pedido de sustar completamente o recolhimento ao FUST. Alegou que o controle difuso não deve incidir sobre pedido de liminar, citando o pedido de suspensão de segurança nº 1.853/DF, decidido pelo então Presidente do STF, Ministro Carlos Velloso, em 28 de setembro de 2000, e publicado no Diário da Justiça de 04 de outubro de 2000. Entretanto, o Desembargador Federal julgou razoável o pedido de sustar o pagamento com base na remuneração de redes, que começou a ser cobrado após a publicação da Súmula nº 07/2005, pelo Conselho Diretor da ANATEL, como no caso anterior.

Deve-se frisar que o argumento sobre o desrespeito da hierarquia normativa pelo Legislador é difícil de ser acatado. O argumento do desvio de finalidade das receitas do FUST porque não aplicados em Telefonia Fixa Comutada, prestada no regime público, também não poderia prosperar. Ainda, a tentativa das concessionárias de indicar que a pequena porção do FUST, utilizada no programa Pro-Info do Ministério da Educação, significaria desvio de finalidade também é incabível. O objetivo do relato dos casos acima listados foi demonstrar que existe uma profunda disputa por tais recursos, que têm tido repercussão no Poder Judiciário. Por mais que não tenha havido vitória das empresas em desmontar o sistema de contribuições ao Fundo, isso não quer indicar que inexistente judicialização de tal política pública.

4.5 Considerações intermediárias: da judicialização das políticas públicas à vida social

A oposição judiciária à privatização de empresas dos vários setores econômicos foi exposta de forma completa por Elias de Oliveira³²¹. A pesquisa da autora mapeou os processos contrários aos leilões dos ativos nas vendas efetivadas pelo governo federal no período de 1991 até 1998. No caso da área de telecomunicações, ela considerou a privatização da Telebrás S/A como tendo sido realizada a partir de uma venda somente, todavia encontrando 111 ações judiciais contra tal leilão. O estudo conclui que a judicialização da política – no caso das privatizações – não ocorreu. A conclusão remete ao argumento de que

321 ELIAS DE OLIVEIRA, Vanessa. Dados: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v.. 48, n. 3, 2005, p. 559 a 587.

não houve alteração do que havia sido fixado previamente pelo Poder Legislativo e posto em marcha pelo Poder Executivo. A sua conclusão foi apenas de que houve um uso político do Poder Judiciário, por parte dos segmentos sociais contrários às privatizações, que conseguiu atrasar e dificultar os leilões, sem conduto obstá-los em definitivo.

O conceito de judicialização da política não pode ser determinado tão somente pelo atingir de objetivos. Ele tem a ver com a mobilização social para alterar ou barrar políticas, certamente. Mas ele também se relaciona com a insurgência simbólica, que inclui o Poder Judiciário como parte relevante do processo político e institucional. Conforme descrito por Ran Hirschl, podemos localizar três esferas da judicialização. A primeira é simbólica e tem a ver com a expansão da lógica judiciária para outros setores do Estado e da vida social. Pode-se indicar que seria a expansão dos procedimentos e ritos – típicos do processo judicial – para áreas que eram infensas a eles. A segunda esfera é a determinação das políticas públicas pelo Poder Judiciário, em substituição aos espaços antes ocupados pelo Executivo, Legislativo e até por organismos da sociedade civil e da vida internacional. A terceira esfera – típica dos tribunais centrais – se refere ao que o autor denomina de mega-políticas (“mega-politics”), que é a sua interveniência em processos amplos de mudança social e estatal. O diagnóstico empírico de Elias de Oliveira aponta para um Poder Judiciário que manteve as políticas públicas que haviam sido fixadas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. No entanto, não há como negar que a demanda atingiu os tribunais e ensejou, inclusive, uma mobilização jurídica nunca antes efetivada para garantir a efetivação de uma política pública³²².

O próximo capítulo detalhará alguns debates judiciários referidos ao setor de telecomunicações. Em especial, será dado destaque aos problemas relacionados com os direitos dos consumidores, que transformaram o setor num espaço central da insurgência judicial.

322 Ainda que complemente (amplamente? Completamente?) partidário, o livro relata a operação judicial montada para garantir a privatização das telecomunicações: CARVALHO, Ney. **A guerra das privatizações**. São Paulo: Editora de Cultura, 2009. Cf. especialmente a p. 324 e seg., denominada “a maior de todas as batalhas”, onde está descrita a participação da advocacia da União na “guerrilha judiciária”, em especial, para cassar as várias liminares.

5 CONFLITOS DE CONSUMO EM POLÍTICAS PÚBLICAS NAS TELECOMUNICAÇÕES

Os capítulos anteriores dissecaram, respectivamente, o panorama histórico da liberalização dos mercados de telecomunicações, no Brasil e na América Latina, bem como a formação de uma nova concepção de direito e o fenômeno da judicialização das políticas públicas. O capítulo precedente, inclusive, demonstrou como as questões da área de telecomunicações foram inseridas na ampla pauta de insurgências que marcou a atuação do Supremo Tribunal Federal. O último capítulo irá detalhar a formulação e operacionalização de um projeto de solução extrajudicial de conflitos de consumo, que se originou da litigância de massa, gerada pelas empresas de rede: telecomunicações e distribuição de energia elétrica.

No presente capítulo serão analisadas as questões judiciais específicas da área de telecomunicações, na sua interseção com relações de consumo. Será descrito como as políticas públicas de um setor foram redirecionadas por meio de processos judiciais. A argumentação jurídica para tal alteração é diretamente derivada tanto de um novo conceito de direito, presente no discurso dos juristas, quanto de alterações institucionais, que geraram reações judiciárias. Ambas foram expostas em capítulos anteriores. Neste espaço será demonstrado como há ainda uma tensão entre o discurso da defesa técnica (do “novo” direito administrativo) e da proteção ampliada aos consumidores. Especialmente, será relatado como o debate semântico expressa como os conflitos fáticos foram apropriados pelos tribunais e como isso tem ensejado a legitimação das demandas pela modificação das normas regulamentares do setor de telecomunicações. Inicialmente, haverá uma exposição geral sobre os principais conflitos judiciários. Depois, estes conflitos serão analisados alguns casos, com atenção específica, para demonstrar como está em curso uma mudança conceitual que tem gerado alteração nos regulamentos da agência.

Vale ressaltar que a literatura acadêmica tem recebido importantes contribuições acerca dos conflitos concorrenciais entre as empresas, tanto na perspectiva nacional³²³, quanto

323 FREITAS DE PAULA, Verônica Angélica. Conflitos no período pós-privatização das telecomunicações: um estudo de caso. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Departamento de Administração, São Paulo, 2003, Orientador Dante Pinheiro Martinelli.

nos estudos comparados³²⁴. Todavia, ainda há espaço para a realização do exame das disputas entre os usuários e as empresas, com foco no Poder Judiciário como elemento de definição do ambiente regulatório.

5.1 As disputas judiciais sobre os serviços de telecomunicações, em geral

Como já mencionado anteriormente, uma crítica muito presente na literatura internacional diz respeito a uma tendência: o caráter técnico dos debates nas agências reguladoras dificulta ou até impede a participação popular³²⁵. O caso do setor de telecomunicações não é diferente do panorama geral. Suas regras são complexas, derivadas da conexão entre imperativos econômicos, tecnológicos e jurídicos. Para complicar mais, os sistemas nacionais de telecomunicações não podem possuir regras – e, conseqüentemente, meios de prestação de serviços – que sejam muito díspares em relação ao restante do mundo, para viabilizar a relação entre eles. Assim, é óbvio que os sistemas regulatórios nacionais precisam dialogar internacionalmente, assim como deve haver a possibilidade técnica de interconexão.

Tem sido tarefa muito difícil incluir qualificadamente as associações de defesa dos direitos dos consumidores nos debates sobre as regras do setor. Este é um processo em marcha³²⁶. Todavia, até o presente momento, não tem sido possível equacionar tal necessidade de forma plena. Deste modo, há um déficit democrático substantivo na formação dos regulamentos, do ponto de vista histórico e recente. Isso produziu um evidente desamparo institucional aos consumidores. Mas, isto não seria isso, por si só, o bastante para transformar

324 MÜLLER, Carlos Alves. Longa distância: a evolução dos sistemas nacionais de telecomunicações da Argentina e do Brasil em conexão com as telecomunicações internacionais (1808-2003). Tese de Doutorado, Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Sociais, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, Brasília, 2007, Orientador Benício Viero Schmidt.

325 MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 16, n. 46, p. 55-69, 2001.

326 A ANATEL tem empreendido alguns esforços neste sentido. Um exemplo é a aprovação de um extensivo Plano de Ação Pró-Usuários que tem como foco facilitar a integração dos consumidores no debate da construção de regulamentos, bem como lista diversas ações de revisão de normas. Ele está consignado na Portaria 1.160, de 04 de novembro de 2010, publicada no Diário Oficial da União de 10 nov. 2010.

o Poder Judiciário no desaguadouro natural da insatisfação dos consumidores. Outro fator singelo concorreu para este resultado: a maior facilidade de acesso, combinada com a maior expectativa de eficiência no resultados. Essa combinação se torna evidente a partir do contraste entre os vários canais existentes para externar os pleitos dos consumidores. Para entendê-lo, bastaria imaginar a seguinte pergunta de um consumidor hipotético: “se eu tivesse um problema com o meu telefone fixo, móvel, ou com a prestação de TV a cabo, como poderia reclamar?”.

Essa resposta pode ser alinhada em nove canais institucionais de reclamação, que variam dos serviços de atendimento ao consumidor das empresas, passam pelo sistema administrativo da agência e englobam os meios jurisdicionais. O quadro abaixo sintetiza os canais.

Quadro 31 – Canais para solução de problemas de telecomunicações

Canal para demanda do consumidor	Tipo	Acesso ao canal			Oferta do canal	Efetividade do canal	
		Pessoal	Telef.	Internet			
01	Representação ao Ministério Público	A/J	X			Difícil	Baixa
02	Reclamação junto ao sistema da Anatel	A	X	X	X	Fácil	Baixa
03	Reclamação ou queixa ao PROCON	A	X			Difícil	Média
04	Reclamação à imprensa (jornais, sites, etc)	C			X	Fácil	Baixa
05	Reclamação junto à operadora	C		X	X	Fácil	Baixa
06	Reclamação em posto de serviços da operadora	C	X			Difícil	Baixa
07	Acordo pré-judicial (expressinho)	C/J	X			Difícil	Alta
08	Acordo judicial em juizado especial cível	J	X			Fácil	Alta
09	Acordo judicial no rito ordinário (justiça comum)	J	X			Fácil	Alta

Nota: (A) sistemas administrativos de resolução (estatais), (C) sistemas corporativos ou empresariais (comerciais) e (J) sistemas judiciais de resolução (estatais e jurisdicionais).

Essa é uma formulação intuitiva. Dentre estas opções, deve ser notado que os canais onde há a maior possibilidade de obtenção de um resultado positivo são marcados como sistemas resolutivos judiciais, ou seja, os três últimos. Isso ocorre porque nestas três últimas opções, as operadoras são legalmente obrigadas a responder diretamente a demanda do consumidor, o que notadamente não é o caso nos sistemas anteriores. Mesmo após a

realização de um acordo, por exemplo, tem-se um título executivo judicial, cujo descumprimento pode ensejar diversas sanções fortes. Nos sistemas de defesa dos consumidores, mantidos pelas agências, é usual que as reclamações, uma vez feitas pelos consumidores, sejam manejadas pelos servidores, sem que haja uma obrigação de indicar o resultado obtido ao reclamante original.

Outra opção seria recorrer ao próprio sistema de queixas da ANATEL. Ele é mantido pela Ouvidoria e pela Assessoria de Relações com o Usuário (ARU), que possuem uma complicada situação interna:

A Assessoria de Relações com os Usuários [ARU] nunca se transformou numa máquina de abertura de PADO [Processo Administrativo de Descumprimento de Obrigação]. Isso porque, na Anatel, a ARU não tem esse poder ainda de abrir um PADO. Só as superintendências têm esse poder. Essa é uma crítica que já foi apresentada, em 2002, internamente. Várias pessoas defendiam que a ARU tinha que ter essa capacidade. Administrativamente falando, a ARU gera informações. Uma série de relatórios. Ela tem um retrato fiel de como está a prestação de serviços para os usuários. Isso deveria subsidiar as superintendências e a partir disso, elas poderiam abrir os PADO. Inicialmente, o trabalho da ARU e das superintendências era completamente distanciado. Hoje, essa situação está um pouco melhor. Naquela época, acabou se criando um hiato no qual não se aproveitava um material rico que havia sido trabalhado. Era um material de boa qualidade até porque estava diretamente ligado ao usuário. [...]. Na verdade, para o usuário isso não faz diferença. O que ele quer é ter seu problema resolvido. A agência deveria ter um mecanismo mais eficiente para tratar dessa questão no conjunto³²⁷.

Estes órgãos internos da agência, inclusive, mantinham relacionamento direto com o PROCON-DF, que remetia dados para processamento na ANATEL, acerca das reclamações. Essa relação é descrita por uma das entrevistadas:

O PROCON tinha que enviar para a ANATEL todos os dados de reclamação de telefonia. Hoje em dia, eu acho que isso não acontece mais. O consumidor, muitas vezes, liga para a ANATEL e faz a reclamação. Ele ganha um número do protocolo. Mas eu não sei se o consumidor acompanha. Porém, a Ouvidoria da ANATEL tem trabalhado de forma mais atuante e tem melhorado muito. Antigamente não se escutava falar em Ouvidoria. Hoje, em poucas reuniões que eu frequento, na ANATEL, vejo que eles estão tentando fazer um trabalho. Acho que está começando a mudar esse perfil. Eles estão vendo que tem que se voltar um pouco para o usuário e não tanto para os interesses das empresas. Sobre os resultados dos PADO [Processos Administrativos de Descumprimento de Obrigação], todavia, ninguém fala³²⁸.

327 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 143.

328 ANA PAULA CAMARGOS, advogada e servidora do PROCON-DF, entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 04.

Outro entrevistado relatou que o sistema de queixas à ANATEL tem produzido resultados, apesar deles não serem tão visíveis:

Tive outro problema. Fechei um anexo no meu escritório. Fui cancelar a linha dele no telefone. Liguei dez vezes e a desculpa que me davam para não cancelar era que o sistema estava fora do ar. Eu falei: “então a senhora deixe consignado que eu quero cancelar”. A resposta: “não, nós não podemos anotar nada em separado, só no sistema e o sistema está fora do ar”. Eu posso considerar que liguei dez vezes. Porque seis vezes ou sete vezes foi a minha secretária que ligou. Eu pensei comigo: “ela não está conseguindo fazer isso; dá para mim”. Mas não era culpa dela. Eu caí na mesma coisa. Achei que ela que não estava tendo força para poder mandar, ou voz ativa para poder conversar com o “call center”. Dez vezes é demais, não é? O que aconteceu depois me surpreendeu positivamente. Eu mandei um email para a Ouvidoria da ANATEL e em três ou quatro dias me ligou a companhia telefônica para dizer que eu poderia considerar a linha cancelada porque eles foram procurados pela ANATEL. Fiquei muito bem impressionado por esse serviço. Não sei se foi uma coincidência. Eles abrem um Processo Administrativo por Descumprimento de Obrigação. Um tal de PADO. As áreas técnicas das empresas telefônicas tentam limpar estes PADO³²⁹.

Note-se que o retorno foi dado pela empresa. O sistema da agência não possui o mesmo nível de relacionamento ou facilidade. Desta maneira, a demanda do consumidor perde o seu caráter de pretensão individual, como bem descrito pelo servidor da ANATEL. Ela é transformada em uma denúncia ou em uma representação, tráfegada em meio a um processo administrativo dentro da máquina burocrática. Há vezes em que isso é o bastante para resolver. Outras, não. Em especial quando o direito do consumidor não é tão evidente, como ocorre em conflitos tais como o dos pulsos excedentes ou da assinatura básica. Há alguns casos que os PROCON são mais eficientes do que a ANATEL. Por conseguinte, haverá uma maior busca deste canal de resolução por parte dos consumidores. Em entrevista realizada com uma funcionária do PROCON de Brasília, essa informação torna-se evidente:

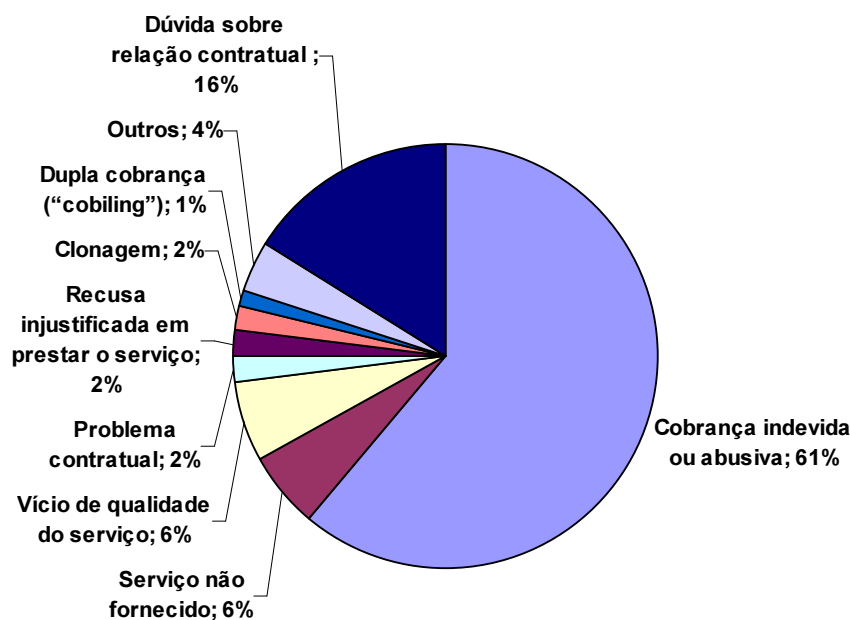
Hoje em dia o ponto crucial nessa relação é que as empresas de telefonia não tem o atendimento pessoal para o consumidor e o atendimento do “call center” não é competente o bastante para resolver os problemas. Tem a questão cultural também, ou seja, o consumidor não sabe ligar para um “call center” para resolver um problema. Os poucos que ligam não tem seus problemas resolvidos. Então nisso se cria a indagação: para que eu vou ligar se eles não vão resolver os meus problemas. Ou seja, eles acabam não ligando e recorrendo aos PROCONS. Então, é um problema de todo o Brasil e de todos os PROCONS que nós passamos a ter o atendimento pessoal de telefonia em razão da falta do atendimento. Isso chegou ao cúmulo de que as empresas de telefonia hoje têm uma linha direta para o PROCON, ou seja, eles criam o “0800” para os atendentes do PROCON, porque eles ligam e já

329 ALEXANDRE JOBIM, advogado do setor e membro do Conselho Consultivo da ANATEL, entrevista, Brasília, 18 out. 2006. Ficha 106.

cai naquele núcleo de atendimento ao PROCON para resolver o problema do consumidor. Isso é um absurdo. Deveria estar sendo resolvido na empresa e não no balcão do PROCON. O PROCON tem de resolver aqueles problemas que são impossíveis de resolver. Isto atrai certa contradição. Numa época, aqui em Brasília, as pessoas estavam tendo dificuldades para cancelar a linha, de uma empresa. Então, as pessoas estavam indo para o PROCON para cancelar uma linha de telefone. Quer dizer isso é um verdadeiro absurdo. Nós chamamos a empresa e dissemos: “Esse problema tem que ser resolvido”. Sempre o sistema caía, o consumidor queria cancelar a linha e diziam que o sistema caiu e estava inoperante e pediam para ligar novamente. Então, como nós observamos que houve um aumento de demanda justamente na questão de cancelamento de linha, nós chamamos a empresa para resolver³³⁰.

Essa eficiência traz consigo certos problemas, tal como o fato do PROCON se substituir ao serviço de atendimento ao cliente da empresa, como exposto. Também, atrai uma gama enorme de problemas e faz o seu sistema se expandir de forma a cobrir amplas questões da área de telecomunicações. Os problemas se espalham, como indicado, pelos serviços de telefonia fixa comutada, telefonia móvel pessoal e TV por assinatura. Um exemplo sobre a variedade de temas que aparecem nos PROCON pode ser acessado pela classificação empreendida pelo programa da capital paulista:

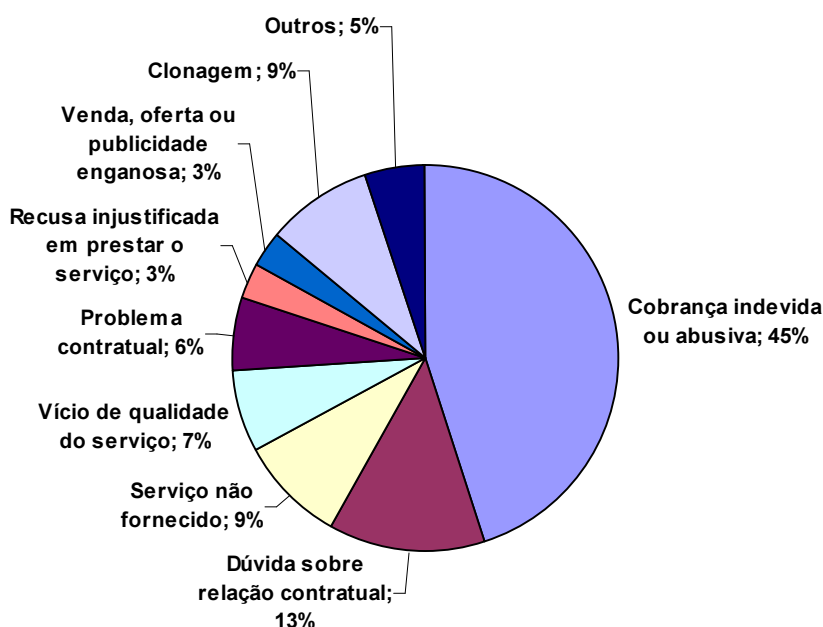
Figura 15 – Queixas ao PROCON-SP (2006): telefonia móvel



Fonte: dados coletados do site do órgão, <http://www.proconsp.gov.br>.
Reformulação própria.

Os relatos que foram coletados na base de dados do PROCON-SP se relacionam às categorias jurídicas e conceitos, tal como estão definidos na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Um exemplo evidente é o vício de qualidade do serviço, que está relacionado ao art. 20 e ao art. 22, do referido diploma legal. Trata-se de um serviço prestado, mas que, porém, mostra-se mal executado, inadequado ou impróprio. Tal vício pode ser aparente ou oculto, em relação ao momento de sua percepção por parte do consumidor. Em termos substantivos, guardadas pequenas distinções, tanto a telefonia fixa, quanto os serviços móveis, estão presentes na pauta do PROCON-SP:

Figura 16 – Queixas ao PROCON-SP (2006): telefonia fixa



Fonte: dados coletados do site do órgão, <http://www.proconsp.gov.br>.
Reformulação própria.

No entanto, o crescimento vertiginoso dos PROCONs não ocorreu porque eles são estruturados localmente e variam em cada unidade federativa. A sua variação pode ocorrer até de município para município. A mesma questão de substituição do serviço de atendimento ao cliente da empresa pelo PROCON também é vivido pela máquina judiciária. De certa forma, o sucesso da difusão de um canal de resolução dos conflitos vem acompanhado do aumento de procura, que pode – em médio prazo – degradar o referido canal. Essa assertiva é facilmente verificável pelo que ocorreu com os vários sistemas estaduais de juizados especiais. O caso do Rio de Janeiro é exemplar e será detalhado no próximo capítulo. O acréscimo de demanda – focalizado em poucas empresas – gerou a necessidade de criar meios

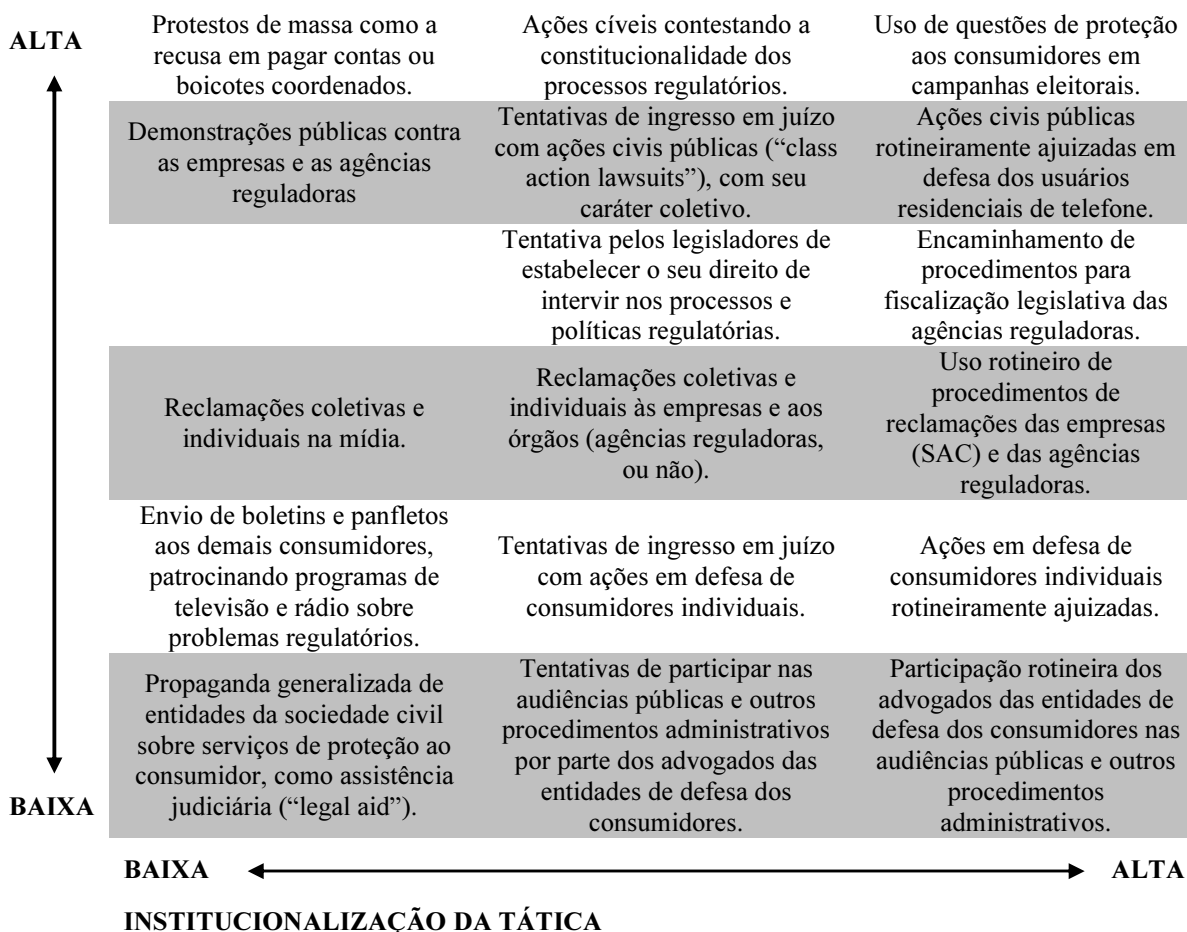
inovadores para desafogar o sistema primário. O projeto expressinho foi a resposta para o dilema.

O fato evidente foi o aparecimento da judicialização acerca de problemas relativos ao provimento de serviços de telecomunicações. É claro que mudanças técnicas também contribuíram para adicionar complexidade às demandas. Algumas vezes, os problemas que afloraram não puderam ser solucionados pelas operadoras, tendo em vista que estas estavam apenas cumprindo a regulamentação vigente. O ponto nodal é que a regulamentação vigente não é compatível com a interpretação unificada sobre o significado do Código de Defesa do Consumidor, definido pela Lei nº 8.078, de 1990, ou seja, um diploma legal hierarquicamente superior. Esse tema será o cerne do fim do presente capítulo. Todavia, o problema não é meramente relacionado com um dilema estritamente nacional. Certamente, o problema tem alcance na região da América Latina.

Isso porque a propagação da defesa dos interesses dos consumidores é recente, na América Latina. No caso dos serviços privatizados, de onde se destacam os de telecomunicações, ela alcançou proporções muito expressivas, também recentemente. Para Sybil Rhodes, o processo de demandas em larga escala dos consumidores está relacionado com a privatização das empresas. Em estudo comparativo sobre o fenômeno, realizado no Chile, na Argentina e no Brasil, a autora chega a conclusão de que a lenta velocidade do processo e a maior participação dos consumidores, no caso brasileiro, foi determinante para que as disputas aqui fossem menos radicais. Assim, o sistema político pode absorver institucionalmente as demandas, seja por meio do Poder Judiciário ou de sistemas das agências e das próprias empresas privatizadas. A base do modelo da autora reside na identificação da democratização como um elemento central, como pode ser visto no quadro abaixo:

Figura 17 – Relação entre radicalização e institucionalização nas ações dos consumidores

NÍVEL DE RADICALIDADE DA TÁTICA



Fonte: RHODES, Sybill. **Social movements and free-market capitalism in Latin America: Telecommunication, privatization, and the rise of consumer protest**. Albany: State of New York University Press, 2006, p. 21.

Todavia, é importante compreender que a institucionalização definitiva só pode ser apreendida a partir da análise empírica do direito, quando manejado pelas pessoas³³¹. Assim, o que falta ao modelo da autora é localizar o papel ativo do sistema jurídico no sentido de suprir o déficit de relacionamento entre as agências e os consumidores desamparados. Para completar tal lacuna, seria necessário um levantamento extensivo da litigiosidade existente no Brasil em dois eixos. O primeiro eixo seria representado pelo conjunto de demandas havidas nos juizados especiais cíveis, que compõe um contencioso de massa, acrescidas de ações similares ocorridas no rito comum. O segundo eixo seriam as ações cíveis públicas impetradas

331 NONET, Phillipe; SELZNICK, Phillip. **Law and Society: toward responsive Law**. 2 ed. New York: Transaction Books, 2001.

nos tribunais estaduais e que envolvem a temática da relação entre consumidores e provimento de serviços de telecomunicações. Um levantamento preliminar indica pistas dos seguintes temas:

Quadro 32 – Alguns tipos de demandas de consumo em telecomunicações

Tipo	Demanda	Argumento central e descrição
I / C	Declaração de ilegalidade da cobrança da assinatura básica na telefonia fixa comutada das concessionárias	Por meio de um argumento parecido com o utilizado no caso dos telefones celulares pré-pagos. As linhas fixas possuem uma cobrança por meio de três valores básicos: (a) assinatura básica, parcela fixa e com uma quantidade de “pulsos” ou “minutos” (franquia) para ligações locais; (b) pulsos ou minutos excedentes e locais; e (c) ligações de longa distância ou de celulares da própria operadora ou por meio de interconexão (discriminados). A reclamação era dirigida para o caso do assinante que não realizasse ligações e somente recebesse. Ele fatalmente perderia a franquia. As operadoras contra-argumentavam que a assinatura básica não obrigava nenhum serviço além da manutenção da capacidade de receber ligações e gestão da rede.
I	Detalhamento das contas de consumo dos serviços	As tarifas eram mensuradas por “pulsos”. Essa era uma medida abstrata, que variava dependendo do horário, destino e duração da chamada. As contas não efetuavam o cálculo, nem detalhavam o número de ligações. Somente indicavam quantos “pulsos” haviam sido consumidos no mês de referência
C	Redefinição das áreas como “locais” para fins de “longa distância”	Esta definição é necessária para indicar a base de cálculo da tarifa, especialmente, considerando que o consumidor pode optar por várias operadoras de longa de distância. O problema é que algumas localidades não eram consideradas como separadas antes. Após a regulamentação da competição o foram. Logo, uma ligação que era local tornou-se “longa distância” após a privatização

Nota: (I) Ações individuais em contencioso de massa, no rito comum ou no sistema de juizados especiais estaduais; (C) Demandas coletivas, sendo principalmente ações civis públicas.

Quadro 33 – Alguns tipos de demandas de consumo em telecomunicações (Cont.)

Tipo	Demanda	Argumento central e descrição
C	Divergência sobre o índice de reajuste das tarifas	Este problema guarda relação com os termos do contrato de concessão e o seu modo de atualização. Problema semelhante ocorreu na Argentina, gerando um dissídio complicado. O Ministério Público argumentava que os índices escolhidos beneficiavam exageradamente as concessionárias em detrimento dos consumidores. Assim, o serviço ficaria mais caro do que deveria.
C	Extensão da validade dos créditos pré-pagos dos aparelhos de telefonia móvel	O Código de Defesa do Consumidor define que um serviço não-provido não pode ser sobrado. O crédito pré-pago possui uma validade temporal; se não usado, é perdido. Alguns consumidores consideram que não podem perder tais créditos senão pelo uso. Ademais, consideravam que se não gastarem tais créditos dirigindo ligações, seu aparelho não poderia ser desativado porque o serviço não possui tarifa de assinatura básica.

Nota: (I) Ações individuais em contencioso de massa, no rito comum ou no sistema de juizados especiais estaduais; (C) Demandas coletivas, sendo principalmente ações civis públicas.

Esta listagem serve como um guia para o detalhamento da enorme gama de disputas havidas ao longo de um período de dez anos, ou seja, de 1998 até 2008. Este marco temporal está relacionado com a privatização do sistema TELEBRAS e a institucionalização das novas operadoras para prestação dos serviços. É óbvio que as disputas afloram por causa dos interesses divergentes entre consumidores e empresas. Entretanto, existem duas questões teóricas que colocam evidência ao problema. A primeira está relacionada com os significados jurídicos e corresponde ao papel atribuído ao cidadão, como titular de direitos subjetivos. Qual o alcance potencial de tal interpretação? O que é um “cidadão”, nestes conflitos, na perspectiva doutrinária? A segunda questão teórica tem cunho institucional e está relacionada à dificuldade de oferecer proteção a um espaço resolutivo de conflitos, que seja célere, eficaz e adequado. Ela se coaduna com a expansão e congestionamento do Judiciário para lidar com a contemporânea avalanche de demandas. Para que estes dilemas ganhem uma maior visibilidade, eles serão examinados detalhadamente nas próximas seções. Todavia, para entender como o processamento destas questões fugiu à regulação, basta localizar a luta judiciária empreendida pela agência para subtrair-se ao pólo passivo das variadas ações judiciais. Existem dois casos que devem ser cotejados, antes, para entender a questão: pulsos excedentes e a definição de áreas locais / áreas de registro. De forma sintética, a questão dos pulsos se relaciona com o modo de tarifação dos serviços de telefonia fixa comutada. O uso do telefone fixo era, historicamente, mensurado por meio de uma unidade abstrata denominada de pulsos. Todavia, este modo de tarifação apresenta um problema intrínseco. Ele não permite o detalhamento das contas de consumo dos serviços locais. Os serviços interestaduais e os internacionais eram detalhados porque havia a questão da interconexão.

Afinal, uma empresa de prestação local é obrigada a ressarcir o transporte do sinal realizado até o destino, no âmbito da rede de outra empresa. A empresa do Rio de Janeiro (TELERJ S/A) precisava retribuir a empresa de São Paulo (TELESP S/A), bem como a empresa nacional que prestava a conexão entre ambas (Embratel S/A). A mesma lógica se aplicava à comunicação internacional. Todavia, por vários motivos – que serão elucidados posteriormente –, começou a haver uma pressão pela discriminação. Mais ainda, as demandas encontraram eco no Poder Judiciário porque o Código de Defesa do Consumidor evidentemente obriga o detalhamento dos serviços.

O outro caso se refere à tentativa de redefinição das áreas locais para a tarifação das ligações interurbanas. É a ANATEL que define até qual extensão geográfica será incluída numa determinada área local (ou, de registro, no caso dos serviços móveis). É o código de dois dígitos que identificam as cidades. No caso do Rio de Janeiro, o código é 21. Até pouco tempo antes da reformulação, havida depois da privatização, algumas ligações eram feitas como locais e passaram a ser interurbanas, com um evidente acréscimo de valores. No caso do Rio de Janeiro e de Teresópolis, algumas ligações eram locais, não necessitando a seleção de uma prestadora para a longa distância. O caso se repete em diversas outras unidades da federação. Muitas vezes, as ações são propostas pelos municípios e elas pretendem a revisão da área, de modo a se definir como local, o que está normalizado pela agência como interurbano.

O que estes dois tipos de demandas judiciais possuem em comum? A tentativa de arrolar a agência no pólo passivo das ações judiciais. No caso do primeiro tipo de ação, pulsos excedentes, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que a ANATEL não é parte da relação jurisdicional, que se dá entre o interesse dos consumidores, por um lado, e o interesse das empresas de telecomunicações, do outro:

TELEFONIA. COBRANÇA DE PULSOS ALÉM DA FRANQUIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. MATÉRIA QUE SE INSERE NO ÂMBITO DE COGNIÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ANATEL. CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL DA MATÉRIA QUE ENVOLVE ANÁLISE DO CONTRATO DE CONCESSÃO. 1. Por não figurar na relação jurídica de consumo, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL carece de legitimidade para compor o pólo passivo de ação movida pelo particular, usuário do serviço de telefonia móvel, contra a concessionária. 2. Ausente participação da autarquia federal, sob qualquer das hipóteses previstas no art. 109, I, da Constituição, a competência é da Justiça Estadual. 3. Em se tratando de demanda que se resolve pela análise de matéria exclusivamente de direito, a dispensar

instrução complexa, cabível seu processamento no Juizado Especial. 4. Reveste-se de natureza infraconstitucional a matéria relacionada à relação de consumo e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. 5. Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, desprovido³³².

Já no caso do segundo tipo, ações civis públicas para redefinição de áreas locais, o entendimento foi diverso. A ANATEL era constantemente arrolada nas ações que, inclusive, trafegavam na Justiça Federal por conta disso. O caso será analisado mais à frente. Por ora, basta a transcrição do trecho da ementa que tratou do reconhecimento da legitimidade da agência para figurar no pólo passivo da disputa:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TELEFONIA. TARIFA DE LIGAÇÃO INTERURBANA INCIDENTE SOBRE LIGAÇÕES INTRAMUNICIPAIS E INTERMUNICIPAIS. LEI N. 9.472/97. LEGITIMIDADE PASSIVA DA ANATEL RECONHECIDA. OFENSA DOS ARTS. 458, II e 535, DO CPC. NÃO CARACTERIZADA.

[...] 2. As ações judiciais versando sobre a delimitação da cognominada “área local” para fins de cobrança de tarifa dos serviços de telefonia comutada, como soem ser aquelas atinentes às ligações de telefonia fixa entre localidades do mesmo município, revela notório interesse da ANATEL em prol dos consumidores, impondo, *a fortiori*, a sua atuação como litisconsorte passiva necessária, posto tratar-se serviço de utilidade pública mediante pagamento de tarifa, cuja fixação e modificação se subsume à autorização do poder concedente. Precedentes do STJ: Agravo Regimental no Recurso Especial 977.690/PR, Diário da Justiça de 17 dez. 2007; e Recurso Especial 572.906/RS, Diário da Justiça de 28 jun. 2004.

[...] 4. As Agências reguladoras consistem em mecanismos que ajustam o funcionamento da atividade econômica do País como um todo, principalmente da inserção no plano privado de serviços que eram antes atribuídos ao ente estatal. Elas foram criadas, portanto, com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário.

[...] 7. Recursos especiais providos³³³.

A opinião dos servidores da ANATEL, entrevistados para esta pesquisa, não ensejam dúvida. Havia uma busca por retirar-se de tais questões:

332 BRASIL: STF. Recurso Extraordinário 571.572/BA, TELEMAR NORTE LESTE S/A vs. Albérico Sampaio do Lago Pedreira, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08 out. 2008, aprovado com Repercussão Geral – Mérito, divulgado no Diário da Justiça Eletrônico em 12 fev. 2009, publicado em 13 fev. 2009, Ementário, v. 2.348-05, p. 939, Revista Forense, v. 105, n. 403, 2009, p. 401-412. Este entendimento foi sumulado, inclusive. Cf. BRASIL: STF. Súmula vinculante 27. Compete à Justiça estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem opoente, Tribunal Pleno, aprovado em 18 dez. 2009, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 23 dez. 2009, p. 01 e no Diário Oficial da União de 23 dez. 2009, p. 01.

333 BRASIL: STJ. Recurso Especial 757.971/RS, Brasil Telecom S/A & ANATEL vs. Ministério Público Federal, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25 nov. 2008, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 19 dez. 2008.

A agência sofre, realmente, demandas. Ela possui muitas ações no Judiciário, que não configuram um problema. Ela possui um corpo qualificado de procuradores federais, que dão conta dessa missão. A própria agência também tem evitado, tanto quanto possível, a “judicialização”. Temos tomado medidas preventivas no sentido de compor os conflitos na nossa comissão de arbitragem. Agora nós vamos ter o nosso regulamento de resolução de conflitos, buscando realmente a intermediação, ou um convênio, para realmente evitar a banalização das ações no Poder Judiciário. Essa “judicialização”! Nós temos tomado medidas com relação a isso. Não podemos impedir quem quer que seja de recorrer ao Poder Judiciário. Na realidade, se você verificar os conflitos entre os prestadores de serviço e a Agência, eles são pontuais. É um debate sobre o FUST ou o FISTEL. Uma eventual multa. O que realmente explodiu há tempos foi a “judicialização” sobre a assinatura básica e sobre a discriminação de pulsos locais. Mas isso está sobre controle³³⁴.

O ponto de vista torna bastante nítido que a Agência gostaria de poder escolher quando participar, ou não, de alguma determinada disputa. Assim, ela poderia ponderar se haveria como contribuir com o desenrolar da controvérsia, ou não. O raciocínio dos gestores da agência se relaciona com o seu pretendido papel nas políticas públicas, de forma que buscam sua exclusão das ações judiciais, com base no argumento formal de que o conflito envolve apenas o consumidor e a empresa:

Lembre sempre que o investimento de esforços na agência não é na solução de problemas individuais. Ele tem que ser sempre no plano coletivo. O problema individual do usuário tem que ser resolvido pela operadora. Se a operadora não consegue resolver, isso pode ser um problema de regulação, ou pode ser uma série de outros elementos que são de competência da agência. O direito do consumidor propriamente dito está na operadora³³⁵.

Os magistrados possuem um entendimento similar, ao passo em que localizam os pedidos de ingresso na lide, relacionados com o interesse das empresas em reforçar os seus argumentos. O discurso da entrevistada indica a tentativa de inclusão até como um modo de anular o processo judicial pela decretação de incompetência do juízo:

As empresas tentam colocar as agências reguladoras no processo. Elas chamam as agências reguladoras para que elas sejam parte do processo. É uma estratégia processual. Até porque isso deslocaria a competência. As ações sairiam daqui e o consumidor teria que litigar na Justiça Federal. No caso dos pulsos excedentes! Nossa! Quantas vezes ele pediram? A TELEMAR requeria a incompetência do juizado, com o argumento de que a ANATEL teria que entrar na lide. Eles diziam

334 ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 60.

335 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 143.

que a agência reguladora tinha um vínculo com a prestadora de serviços, mas não com a parte especificamente. Então, a gente rejeitava. Mas eles tentavam colocar isso no processo justamente para deslocar a competência. Para sair daqui. Também, tentavam isso para obrigar que a agência se posicionasse. Mas, infelizmente para eles, isso não pode ocorrer no juizado porque a lei específica não permite a intervenção de terceiros. O autor é quem vai me dizer quem é o réu que ele escolheu. Se ele escolheu bem, ou se ele escolheu mal, é um problema do autor. [...]. Nos processos de pulsos excedentes, houve até petições da TELEMAR pedindo o ingresso da ANATEL. Eu não deferi de jeito nenhum! Depois de a TELEMAR pedir, se não me engano, vieram petições da ANATEL. Em momento bem posterior, quando o processo já estava até julgado. A ANATEL entrou pedindo o ingresso nos autos e eu indeferi! Até porque ela não pode entrar por livre e espontânea vontade. Ela tem que ser convocada³³⁶.

Para além do argumento processual, é evidente que as questões judiciárias, como fenômeno social e econômico, envolvem as políticas de telecomunicações e o interesse público. Há uma demanda da população pela proteção aos direitos dos consumidores sobre a questão. Enfim, seja tal proteção realizada pela Agência, seja pelo Poder Judiciário, o fato é que existem inúmeros exemplos midiáticos sobre a insatisfação dos consumidores com as empresas que prestam os serviços de telecomunicações. Um deles foi publicado em duas partes na coluna dedicada à tecnologia da informação do caderno de Economia do jornal “O Globo”³³⁷. O modo de publicação escolhido pelo colunista foi transcrever trechos de emails dos leitores, com os seus comentários, sem realizar comentários:

Esta coluna fez semana passada, alguns breves comentários a respeito dos maus serviços prestados pelas operadoras de telefonia. Nenhuma delas se manifestou, até porque nenhuma era citada especificamente. São todas iguais, afinal. [...] É justo, portanto, publicar aqui algumas poucas considerações dos leitores a respeito do assunto. Dá para ver que eles estão longe de se sentir satisfeitos não só com as operadoras como também com a entidade que deveria zelar pelo pobre consumidor, a Anatel. Confira:

[...] ‘Os cabides de emprego, também chamados de agências reguladoras, têm a maior parcela de culpa em nosso caos de serviços públicos, com destaque na telefonia (Anatel). Os ministérios aos quais esses cabides estão vinculados são os segundos em responsabilidade (...). Você entra na Justiça e as condenações são tão ridículas que de nada adiantam.’ (Sara Alves). [...]

‘Todos os nossos provedores de telecom (telefonia fixa e móvel, internet, TV...) são absurdamente ruins. Seja na qualidade do serviço (a Net só piora, o 3G das celulares é uma piada), ou principalmente no atendimento, estamos muito mal servidos. São contratos leoninos, promoções-armadilha, taxas obscuras e níveis de serviço risíveis, tudo se soma para nos tornar consumidores de terceira categoria, com a benção da Anatel e da acomodação o consumidor brasileiro.’ (prototypus). [...]

336 ANA PAULA PONTES CARDOSO, Magistrada no juizado especial cível de Alcântara (São Gonçalo). Ficha 178.

337 VASCONCELOS, Nelson. São todas iguais: II. O Globo. Economia. 27 jan. 2009. p. 22.

Em síntese, o que impressiona no trecho transcrito é a dupla menção: a Agência, por um lado, e o Poder Judiciário pelo outro. Por mais que, por vezes, do ponto de vista processual, não seja possível integrar a Agência, vale notar que ela é dos locais de solução de tais dilemas não resolvidos.

5.2 Os casos de conflitos de consumidor na telefonia fixa comutada

Para detalhar o quadro de questões foi necessário estudar cada um dos tipos de disputas de entendimento da área de direito do consumidor aplicada ao provimento de serviços de telecomunicações. É claro que a presente análise não é absolutamente exaustiva. Ela pretende demonstrar, panoramicamente, algumas das questões judiciais para retirar uma generalização possível, relacionada por um lado com o fortalecimento dos consumidores como demandantes e, por outro, com a fragilidade com que as regras do setor abordaram os direitos dos consumidores.

5.2.1 A luta para derrubar a assinatura básica do Serviço de Telefonia Fixa Comutada

Como foi indicado anteriormente, uma das questões centrais do setor estava relacionada com o modo de cobrança da remuneração pela prestação dos serviços de telefonia fixa comutada. Para entender todos os desdobramentos dos problemas relacionados com a telefonia fixa comutada, são imprescindíveis algumas linhas sobre a estrutura das suas tarifas e sobre o sistema de remuneração pelo uso das redes. Como exposto em capítulo anterior, os serviços de telefonia fixa constituem a base do sistema que foi privatizado em 1998. Dessa forma, o mercado para a provisão de tais serviços foi fracionado em quatro grandes áreas, cobrindo todo o território nacional. A região sul, que é formada pelos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, somada com o centro-oeste (Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul), ficou uma concessionária denominada Brasil Telecom S/A. O Estado de São Paulo ficou com a concessionária Telefônica S/A (braço brasileiro da Telefônica da Espanha). As demais unidades federativas, das regiões sudeste, nordeste e norte, ficaram sob a égide da concessionária Tele Norte-Leste S/A, depois renomeada para

TELEMAR S/A; por fim, Oi S/A. Neste segmento, recentemente a Brasil Telecom S/A foi comprada pela Oi S/A, tendo havido forte concentração.

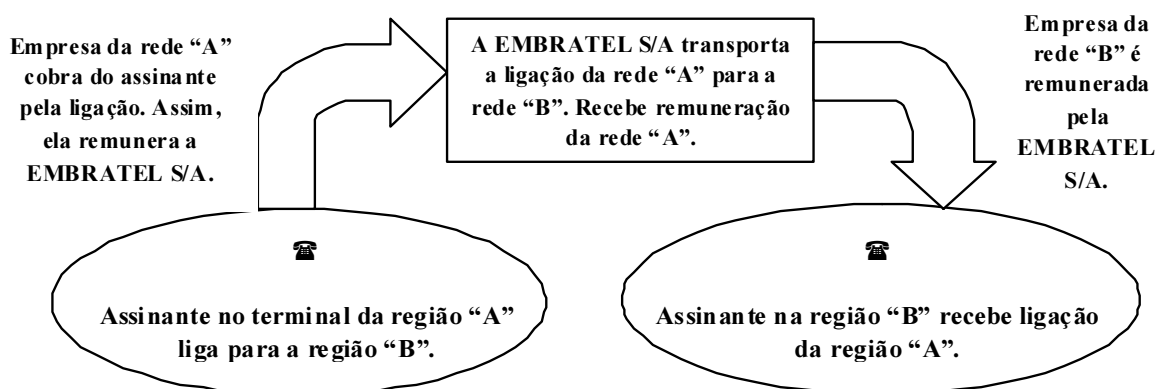
Ainda relacionada com a telefonia fixa comutada, foi vendida uma concessão para as ligações telefônicas com o estrangeiro e entre todas as áreas de concessão. Essa última foi adjudicada à concessionária que comprou o controle acionário da EMBRATEL S/A. Todas as demais regiões tiveram empresas autorizadas entrantes para potencializar a competição, inclusive para competir na fatia atribuída à EMBRATEL. Logo, essas “novas” concessionárias eram – naquele momento inicial – apenas controladoras de empresas estatais pré-existentes. Elas receberam todos os bens e os encargos das antigas estatais, com novas obrigações de expansão e investimento do sistema. A estrutura tarifária já havia sido redimensionada em momento anterior à privatização, como foi descrito. Consequentemente, os contratos de concessão refletiam tanto uma nova estrutura de tarifas, quanto o seu modo de reajuste.

A estrutura tarifária na telefonia fixa comutada era – e ainda é – composta por dois valores primários, que são cobrados dos usuários. O primeiro é a assinatura básica, que continha uma franquia de pulsos, depois modificada para minutos. Os “pulsos” eram parte de um sistema de medida abstrata das ligações telefônicas, referida a uma duração da ligação, combinada com o horário e destinação da mesma. Logo, uma ligação no horário de pico de tráfego consumiria mais pulsos do que uma ligação efetuada de madrugada. Caso o assinante consumisse toda a sua franquia mensal, ele começava a ser tarifado por pulsos excedentes. Logo após as privatizações, os pulsos somente ficaram referidos às ligações locais, não sendo utilizáveis para chamadas de telefones celulares ou para chamadas de longa distância. Além desses dois valores primários, o consumidor era tarifado de forma distinta para as ligações de longa distância nacionais (denominadas interurbanas; ou, ainda, nomeadas como “discagem direta à distância, DDD”) e internacionais (também chamadas de DDI, “discagem direta internacional”).

Como indicado, para entender a disputa judicial contra a assinatura básica é necessário aludir à estrutura tarifária. De modo a realizar isso, nada melhor do que explicar o conflito havido após as privatizações entre as empresas de telefonia sobre a interconexão. Este foi o primeiro grande conflito tarifário entre as empresas, que dizia respeito à remuneração pelo uso de redes nas ligações que passassem por várias empresas. Essa situação é tecnicamente denominada de interconexão e é central para diferentes que o sistema nacional de telecomunicações permita que os vários usuários das empresas mantenham comunicação entre si. O sistema seria tecnicamente inviável sem que existissem regras para garantir a

interconexão. Mais ainda, o sistema seria economicamente inviável na inexistência – ou burla – de regras para que uma empresa remunerasse a outra pelo uso da sua rede durante o processo de interconexão. Em tese, uma empresa poderia se beneficiar da estrutura técnica da outra – a rede – sem pagar o valor justo para tanto. Afinal, as ligações sempre são cobradas de quem liga e não de quem recebe. As regras existiam, portanto. Porém, no sistema anterior à privatização, a empresa encarregada de gerir tal retribuição de uso era a EMBRATEL S/A. Ela funcionava como “clearing house” (lavanderia, numa tradução literal), ou seja, ela agia como um tipo de árbitro final para remuneração de todas as empresas estatais do sistema TELEBRAS S/A - nada mais natural, tendo em vista que, usualmente, era ela que deveria ser remunerada pela efetivação das ligações entre os diversos estados e com o exterior. O sistema, de forma simples pode ser reduzido na figura abaixo:

Figura 18 – Remuneração da interconexão de forma simplificada



Fonte: formulação própria.

Portanto, era a EMBRATEL S/A que mantinha o sistema de controle de tráfego e indenizava as empresas estaduais ou regionais do sistema TELEBRAS S/A. Há que lembrar que um sistema de subsídios era operado nestes casos. O valor arrecadado com as ligações de longa distância (nacional e internacional) também servia para gerar um caixa que era redistribuída para fomentar a expansão do sistema telefônico, nos demais locais do país.

Parece razoável que pequenos enganos nos cálculos pudessem ocorrer. Isso não seria um problema, tendo em vista que inexistia competição entre as empresas do sistema monopólio. Com a privatização, o quadro se alterou. A própria EMBRATEL S/A tornou-se uma competidora, no segmento da telefonia fixa de longa distância entre regiões, num primeiro momento. Imagine que houvesse uma ligação do Rio de Janeiro para o Espírito Santo. Os dois estados estavam na região de abrangência da TELEMAR S/A. Logo, as ligações entre os dois estados podiam ser realizadas por meio dos serviços da própria

TELEMAR S/A, da EMBRATEL S/A e da nova entrante, a INTELIG S/A. Se o assinante do Rio de Janeiro usasse o sistema EMBRATEL S/A, a TELEMAR S/A teria que indenizá-la pelo transporte, que poderia ter sido realizado dentro da sua própria rede! Um pequeno engano de cálculo seria a subtração de receita da EMBRATEL S/A, portanto. Várias ações foram ajuizadas pelas diversas empresas contestando o valor da remuneração pelo uso de redes umas das outras:

A operadora de telefonia fixa TELEMAR entrou com ação judicial contra a Embratel para o pagamento de tarifas de interconexão no valor de 219,4 milhões de reais. A TELEMAR afirmou em nota divulgada nesta quinta-feira que a EMBRATEL, operadora de longa distância controlada pela norte-americana WORLD-COM, não paga integralmente pelo uso de sua rede (tarifa de interconexão) desde agosto de 2001³³⁸.

Esse panorama se tornou mais dramático ao se pensar no caso das empresas de telefonia móvel (serviço móvel celular, depois serviço móvel pessoal)³³⁹. Uma ligação de um terminal fixo para um terminal móvel gerava a obrigação de remuneração da empresa de telefonia fixa para a empresa de telefonia móvel.

Para além das disputadas entre as empresas de telefonia fixa comutada, o grande conflito atinente à estrutura tarifária foi – e ainda é – a questão relacionada à assinatura básica. Essa assinatura era composta pelos dois elementos acima descritos (assinatura, propriamente, e franquia de pulsos). A ANATEL era arrolada em tais disputas – especialmente nas ações individuais – e buscava sair da relação jurisdicional. Porém, por vezes intervinha como “amicus curiae” (amiga da questão). A importância desta disputa fica evidente pelo que mencionou um entrevistado:

O Judiciário hoje está trazendo pra si um tipo de debate, que já existia fora da jurisdição propriamente dita, sobre diversos temas. Já houve discussões no Banco Central, com outros órgãos, sobre questões parecidas. Mesmo na Agência Nacional de Telecomunicações, eu já participei de discussões patrocinadas pela Escola Nacional de Magistratura, procurando mostrar como é que isso funciona. Além

338 De acordo com o noticiário da época, cf. TELEMAR vai. Revista Info Exame, São Paulo, Editora Abril, 12 set. 2002, disponível: <http://info.abril.com.br>.

339 De fato. A GVT Ltda. começou um movimento de representações junto à Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, de modo a obter a punição administrativa das empresas de telefonia celular pelo Conselho Administrativo de Direito Econômico (CADE) ou pela ANATEL. A referida empresa ajuizou ação contra as operadoras de celular que chegou ao STJ. Cf. BRASIL: STJ. Recurso Especial 1.171.688/DF, TIM S/A vs. GVT Ltda, ANATEL & CADE, como interessados, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 01 jun. 2010, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 23 jun. 2010.

disso, o Judiciário também tem se valido da figura do “amicus curiae” todas as vezes que ele tem algumas questões, convoca especialistas do setor. No setor de telecomunicações, acho a questão de assinatura básica foi bem decidida, os processos estavam muito bem instruídos. O mesmo se diz do cartão pré-pago. Quer dizer, a gente leva técnicos pra conversar com o relator. A gente faz um memorial didático, mostrando, e a relação tem sido muito boa com o Poder Judiciário como de hábito. Uma relação de alto nível, de transparência. Não há animosidade, não há nada³⁴⁰.

Da leitura das diversas ações que tráfegaram no Poder Judiciário, pode ser feita uma síntese dos argumentos jurídicos.

O argumento central das entidades de proteção aos direitos dos consumidores se baseou no art. 39, I, da Lei n. 8.078, de 11 set. 1990 (Código de Defesa do Consumidor), ou seja, no abuso de tal cobrança. Pela leitura do dispositivo, as entidades, o Ministério Público e os consumidores individuais (que ajuizaram milhares de ações) indicavam: (1) que não poderia haver cobrança por um serviço que não fosse efetivamente prestado, como no caso das franquias não utilizadas; (2) que a ANATEL não poderia fixar o sistema tarifário, já que não possuiria competência legal para tanto, que seria do Congresso Nacional (problema do poder normativo); (3) que a cobrança da manutenção do sistema não poderia ser feita por tarifa, somente por taxa. E, por fim, (4) que a assinatura básica não apresentava uma contraprestação específica, como seria o caso da cobrança por pulso³⁴¹. Indicava-se que, além da cobrança da assinatura básica, os consumidores poderiam ser obrigados ao pagamento de uma tarifa para habilitação de terminal.

As empresas concessionárias, bem como a ANATEL, replicaram que a assinatura básica possuía duas funções regulamentares, com amparo legal, em termos de contraprestação: (1) a manutenção do sistema, bem como sua ampliação, já que consistiria numa facilidade necessária do país, que se comprovaria pela disponibilidade para o recebimento de ligações telefônicas por parte do assinante, mesmo que ele não efetuasse ligações para outrem e não fosse tarifado; (2) existência de legalidade da sua cobrança, já que prevista na Lei Geral de Telecomunicações (Lei n° 9.472, de 1997) e nos regulamentos da

340 ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 53.

341 Os pontos 01 e 03 são bem desenvolvidos no texto que segue: SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. O poder normativo das agências em matéria tarifária e a legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico. In: SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 605 e seg. O texto não é meramente doutrinário e trata-se de parecer encomendado pelas empresas do setor.

Agência; e (3) no caso da sua cobrança pelas concessionárias, que, apesar de serviço público delegado, a relação entre os consumidores e estas seria de natureza contratual, pactuado entre estes.

Uma ação civil pública com decisão favorável em limitar pode demonstrar o raciocínio de alguns magistrados, que se posicionaram a favor dos pleitos dos consumidores. A Seccional do Estado do Mato Grosso (MT), da Ordem dos Advogados do Brasil, ajuizou uma ação civil pública contra a assinatura básica nos mesmos termos das diversas ações que estavam sendo ajuizadas pelo país. Todavia, o dado curioso é que o resultado foi distinto, num dos primeiros momentos, do que ocorria de forma geral: foi concedida a liminar. Isto ocorreu porque, apesar de ter perdido a liminar na Seção Judiciária de Cuiabá, capital do Estado (primeira instância), a OAB-MT interpôs recurso (agravo de instrumento) ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Deve ser ressaltado que o agravo de instrumento é um recurso decidido, primeiramente, somente um magistrado, apesar de ser emitido no âmbito do Tribunal. Desta decisão, pode advir outro recurso, que o submete ao colegiado. Assim, ele difere de um acórdão, numa apelação (típico recurso judicial aos Tribunais), que é um julgado coletivo. Trata-se, portanto, de uma decisão monocrática. A decisão foi emitida no agravo de instrumento nº 2005.01.00.021915-2/DF (proc. orig. 2005.34.00004838-1), relatado pelo Desembargador Federal Souza Prudente, no âmbito da lide entre OAB-MT contra BRASIL TELECOM S/A, GVT Ltda. e ANATEL. Com o agravo, a Ordem recebeu a concessão de uma liminar. Os argumentos do magistrado, em contraposição a concepção das agravadas seguem descritos no quadro abaixo

Quadro 34 – Argumentos sobre assinatura básica

ARGUMENTO EM DEFESA DA JURIDICIDADE DA COBRANÇA (EMPRESAS E ANATEL)	ARGUMENTO DO JUÍZO MONOCRÁTICO CONTRA A COBRANÇA
<p>[A ASSINATURA BÁSICA POSSUI AMPARO LEGAL, COMO PARTE DA ESTRUTURA TARIFÁRIA DO SETOR, SENDO TARIFA, PREÇO PÚBLICO OU TAXA]</p> <p>Para a ANATEL, a referida “assinatura básica” integraria a estrutura tarifária estabelecida para cada modalidade de serviço telefônico prestado, sendo, por isso, legítima a sua cobrança, eis que, por expressar autorização legal (Lei n. 9.472/97, art. 103, caput), está investida de competência para fixar as respectivas estruturas tarifárias, sobrevindo daí a edição das Resoluções n° 85/98 e 316/2002, regulamentando a utilização do Serviço Telefônico Fixo Comutado e do Serviço Móvel Pessoal – SMP, respectivamente, onde está incluída a previsão da “assinatura básica” em referência [...].</p> <p>O art. 19, da Lei n° 9.472/97, assim dispõe: ‘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: [...]</p> <p>‘VII – controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes’ [grifo ao autor].</p> <p>Por sua vez, estabelece o art. 103 daquela mesma lei que “compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço”.</p>	<p>[ELA NÃO É CLASSIFICÁVEL COMO TARIFA OU PREÇO PÚBLICO]</p> <p>A pergunta que se faz é se a ANATEL, no exercício dessa competência legal, poderia incluir, como assim o fez, a denominada “assinatura básica” na estrutura tarifária dos respectivos serviços telefônicos. A resposta, evidentemente, somente poderia ser negativa, na medida em que a referida assinatura não possui a natureza jurídica de tarifa, que é sinônimo de preço público, cuja característica principal é a contraprestação por um serviço voluntariamente utilizado, que, em se tratando de serviço telefônico, somente se faz presente em relação aos pulsos cobrados pelas ligações realizadas. No que se refere à “assinatura básica”, ante a sua cobrança compulsória e ausência de qualquer contraprestação, impossível classificá-la como tarifa ou preço público.</p> <p>[ELA NÃO É CLASSIFICÁVEL COMO TAXA]</p> <p>Há de se ver que, se aceita a cobrança em referência pelo simples fato do serviço se encontrar à disposição do usuário, a natureza jurídica da exação assumiria os contornos de taxa, cuja exigibilidade depende de lei, observados os requisitos legais para a sua instituição, nos termos do art. 97 do Código Tributário Nacional, o que também não se vislumbra na espécie dos autos. Desenganadamente, a figura da questionada cobrança da “assinatura básica”, no serviço de telefonia, não se enquadra na hipótese de incidência de taxa, como espécie do gênero tributo e assim definida nos art. 145, II, da Constituição Federal, e 77 do CTN, à míngua de previsão legal, com as especificações constitutivas da hipótese de incidência do aludido tributo.</p>
<p>[O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS É PRIVADO]</p>	<p>[SENDO DELEGAÇÃO, POSSUI CONTEÚDO PÚBLICO]</p> <p>De igual forma, também não me convencem os argumentos no sentido de que a relação contratual estabelecida entre a concessionária e o usuário teria natureza eminentemente privada e, por isso, a instituição da cobrança da “assinatura básica” não estaria sujeita à expressa previsão legal. Na espécie, o serviço de telefonia, embora prestado por empresas particulares, não se desgarra da sua natureza pública, sujeitando-se, pois, às regras a ela inerentes, dentre as quais se inclui o princípio da reserva legal, para a modalidade do serviço concedido pelo Poder Público, como no caso em exame (CF, art. 175, parágrafo único, incisos I a IV, c/c art. 38 da Lei n. 9.472, de 16/07/1997).</p>

Quadro 35 – Argumentos sobre assinatura básica

ARGUMENTO EM DEFESA DA JURIDICIDADE DA COBRANÇA (EMPRESAS E ANATEL)	ARGUMENTO DO JUÍZO MONOCRÁTICO CONTRA A COBRANÇA
<p>[A ASSINATURA BÁSICA SERVE PARA MANUTENÇÃO DO SISTEMA TELEFÔNICO] [...]. Acrescentando que a sua cobrança se justificaria como fonte de custeio para as despesas decorrentes da colocação do serviço de telefonia à disposição do usuário, tais como, ativação de terminal telefônico apto a efetuar e receber ligações, observado o padrão de qualidade que lhe é assegurado por disposição legal, bem assim, relativas à manutenção e modernização da rede de transmissão utilizada.</p>	<p>[A OPERAÇÃO BÁSICA DO SISTEMA É RISCO DO NEGÓCIO] Registre-se, ainda, que não me convence o argumento deduzido pela ANATEL, no sentido de que a cobrança da “assinatura básica” representaria o custeio pelas despesas decorrentes da ativação, manutenção e conservação do serviço. Com efeito, a delegação da exploração do serviço público de telefonia, mediante concessão, sujeita as concessionárias aos riscos empresariais, dentre os quais, evidentemente se incluem as despesas decorrentes da sua instalação e disponibilidade para o usuário, remunerando-se pela cobrança de tarifas (Lei nº 9.472/97, art. 83, parágrafo único). Portanto, cabe às empresas concessionárias colocar o serviço, sob sua conta e risco, à disposição do usuário, que remunerará o serviço prestado e colocado à sua disposição mediante o pagamento da correspondente tarifa, que, repita-se, não engloba a malsinada “assinatura básica”.</p>

Após a esgrima argumentativa acima exposta, torna-se claro que a questão não é simples, como se poderia deduzir da leitura da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que, em princípio, teria encerrado a questão: “É legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”³⁴². Existem filigranas jurídicas sobre a referida cobrança. A decisão do agravo, consequentemente, não poderia ser outra. Ela foi contrária à pretensão da ANATEL e das empresas:

Em sendo assim, afigurando-se manifestamente ilegal e abusiva a cobrança questionada nos autos de origem, a sua suspensão é medida cautelar que se impõe, na espécie dos autos, sob pena de se sacrificar o consumidor dos serviços de telefonia, em visível prejuízo de difícil reparação.

A ordem econômica e financeira, neste país, que visa a construção de um Estado Democrático de Direito, através da ação de governo voltada para a realização de uma sociedade solidária, justa e livre, não deve desgarrar-se do princípio fundamental da tutela do consumidor (CF, art. 3º, I; e 5º, XXXII, e 170, V, [combinado com] o art. 2º, I, da Lei nº 9.472, de 16 jul. 1997), afigurando-se nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (Lei nº 8.078, de 11 set. 1990, art. 51, inciso IV).

342 BRASIL: STJ. Súmula 356, Primeira Seção, julgado em 25 jun. 2008, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 08 de setembro de 2008. A questão ainda não terminou porque subsiste um problema de organização judiciária que repercutiu no caso. Não cabe recurso especial – o dirigido ao STJ – contra os acórdãos proferidos nas turmas recursais dos juizados especiais cíveis. Logo, a súmula vem experimentando problemas para ser seguida.

[...]

Com estas considerações e tendo em vista que a pretensão recursal deduzida na inicial enquadra-se nas comportas revisoras do art. 558 do CPC, defiro, liminarmente, a antecipação da tutela recursal, com eficácia cautelar, postulada nestes autos, para determinar a suspensão, no Estado de Mato Grosso, da cobrança da chamada “assinatura básica e mensal”, prevista em Resoluções e demais atos normativos editados pela ANATEL, para os usuários do serviço de telefonia prestado na referida Unidade da Federação, até ulterior deliberação judicial.

Intimem-se as promovidas, para fins de imediato cumprimento desta decisão, sob pena de multa pecuniária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de atraso³⁴³.

Logo após a concessão da liminar, a GVT Ltda. interpôs Mandado de Segurança contra a decisão proferida no Agravo de Instrumento. Este remédio processual serve para proteger os cidadãos contra a arbitrariedade do poder público e das suas ações – ou omissões – ilegais. Ele é usualmente utilizado contra decisões administrativas. Todavia, é possível interpor o remédio para se proteger de gravíssima e perigosa decisão jurisdicional. Ou, nos termos da Súmula nº 267, do STJ: “só se admite o mandado de segurança contra ato jurisdicional, quando evidenciada hipóteses excepcionalíssimas de manifesta ilegalidade, que revele possibilidade de causar dano irreparável ou de difícil reparação”. O texto do julgado indicava precedentes nesse sentido:

Nesse sentido: STJ, MS n. 8.511-DF, **Corte Especial**, rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJ 07.08.2002; AGRMS-DF n. 8.019-DF, rel. Ministro CÉSAR ASFOR, DJ 29.04.2002; MS n. 8.422-DF – AgRg, rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 02.12.2002; e, entre outros julgados desta Corte: AGMS n. 2005.01.00.000499-0/DF, Plenário, rel. Desembargador Federal LUCIANO TOLENTINO AMARAL, DJ 17.06.2005, p. 4; MS n. 2000.01.00.137588-0/GO, Segunda Seção, relator para acórdão Desembargador Federal HILTON QUEIRÓZ, DJ 23.06.2005, p. 07.

No julgado de indeferimento do pleito, o Desembargador Mário César Ribeiro listou o clamor da empresa:

Sustenta a Impetrante que a r. [respeitável] decisão impugnada, viola ao artigo 273, do Código de Processo Civil, em virtude de não terem sido observados os requisitos desse artigo, cujo inciso I, “expressamente reclama que ‘haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação’ para que seja deferido tal pedido imediato”; e esses requisitos não estão presentes, no caso;

343 BRASIL: TRF-1. Agravo de Instrumento 2005.01.00.021915-2/DF, Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do MT vs. BRASIL TELECOM S/A, GVT Ltda. & ANATEL, Relator Desembargador Federal Souza Prudente, Decisão monocrática de 09 jun. 2005. Disponível: <http://www.trf1.jus.br>.

Que os valores relativos às parcelas de assinatura básica e mensal, foram “levados ao conhecimento prévio dos consumidores, que puderam escolher dentre os mais diversos planos existentes”;

Que é a Impetrante [GLOBAL VILLAGE TELECOM] quem “corre o risco de incorrer em ‘dano irreparável ou de difícil reparação’.”;

Que a simples “concretização de uma chamada que viabiliza a comunicação entre duas pessoas, por mais singela que possa parecer aos olhos do leigo em telecomunicações, envolve a mobilização de onerosa infra-estrutura, mantida pela Impetrante de natureza tecnológica (centenas de torres com antenas, terminais, rádios transmissores e receptores, ampliadores e repetidores de sinal, centrais de comutação de chamadas, sistemas de registro das chamadas, sistemas de impressão de faturas, etc.) e também humana (equipes de monitoramento dos sistemas de comunicação, de manutenção e reparos de equipamentos, etc.);

Que a prestação do serviço de recebimento de “incontáveis ligações na comodidade do lar, indubitavelmente, trata-se de ‘fornecimento efetivo’ de serviço, ante a sua contínua e ininterrupta fruição (*ex vi* do artigo 3º, inciso XXI, da Resolução nº 85 da ANATEL)”;

Que “não há urgência, assim entendido o risco de perecimento de direito ou dano de difícil reparação, em desfavor dos consumidores. [...]”³⁴⁴

A despeito dos reclamos da empresa, o Tribunal não concedeu a liminar no Mandado de Segurança interposto contra a decisão emitida no Agravo de Instrumento. Todavia, em pouco tempo, o julgado seria reformado. Além das poucas vitórias obtidas, pode-se indicar que a ação civil pública do IDEC é exemplar sobre o tema. Ela foi ajuizada em julho de 2004, na Seção Judiciária Federal da Capital do Estado de São Paulo. Note que ela foi direcionada contra a ANATEL e contra as empresas concessionárias (BRASIL TELECOM S/A, TELESP – TELEFÓNICA S/A, CTBC TELECOM S/A, SERCOMTEL S/A, TELEMAR S/A e EMBRATEL S/A). Logo, o foro para o recebimento da ação teve que ocorrer na Justiça Federal. Ela foi distribuída para a 9ª Vara Federal, da Capital. O Juiz Federal negou a liminar. O IDEC interpôs agravo ao Tribunal Regional da 3ª Região, que manteve a negativa.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) é uma entidade líder da área de defesa dos direitos dos consumidores. Ele capitaneou uma luta pela exclusão judicial da assinatura básica, com o ajuizamento de diversas Ações Cíveis Públicas, que foi paradigmática no período entre 2002 e 2004. Essas ações eram ganhas na primeira instância, por vezes reformadas em sede de apelação e na esmagadora maioria das vezes derrotadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Visualizando que a estratégia judiciária não seria vitoriosa, o Instituto cerrou fileiras com parlamentares para defender, no Congresso Nacional,

³⁴⁴ BRASIL: TRF-1. Mandado de Segurança 2005.01.00.042361-0/DF, GVT Ltda. vs. Desembargador Federal da 3ª Seção do TRF-1, OAB-MT, BRASIL TELECOM S/A & ANATEL – interessadas, decisão monocrática de 25 jun. 2005. Disponível: <http://www.trf-1.jus.br>.

a derrogação da assinatura básica por meio de Projeto de Lei³⁴⁵. Essa ação política desembocou no PL n° 5.476/2001, constituído por uma comissão especial³⁴⁶, que não teve andamento.

A ação parlamentar também foi pouco efetiva. Todavia, fica mais clara ainda a impossibilidade de alteração da estrutura tarifária por meio da observação das decisões do STJ. O caso paradigma foi o Recurso Especial n° 911.802, oriundo do Rio Grande do Sul, decidido pela Primeira Seção do STJ em 24 de outubro de 2007. Era um processo movido contra a empresa BRASIL TELECOM S/A, com assistência da Associação Nacional dos Usuários do Sistema Telefônico Fixo Comutado e Móvel Celular (ANUSTEL). Ele foi relatado pelo Ministro José Delgado. O colegiado recursal decidiu, por maioria, ser legítima a cobrança de tarifa de assinatura mensal sobre serviços de telefonia. Vale a pena desdobrar a ementa, para entender a decisão e a estratégia do IDEC, que iniciava seu pleito pela crítica às privatizações. O cabeçalho da ementa ficou com os seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE TELEFONIA. COBRANÇA DE “ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL”. NATUREZA JURÍDICA: TARIFA. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO. EDITAL DE DESESTATIZAÇÃO DAS EMPRESAS FEDERAIS DE TELECOMUNICAÇÕES MC/BNDES N. 01/98 CONTEMPLANDO A PERMISSÃO DA COBRANÇA DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA. CONTRATO DE CONCESSÃO QUE AUTORIZA A MESMA EXIGÊNCIA. RESOLUÇÕES N. 42/04 E 85/98, DA ANATEL, ADMITINDO A COBRANÇA. DISPOSIÇÃO NA LEI N° 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DA CORTE ADMITINDO O PAGAMENTO DE TARIFA MÍNIMA EM CASOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. LEGALIDADE DA COBRANÇA DA ASSINATURA BÁSICA DE TELEFONIA. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

Depois, é iniciado um conjunto de argumentos no sentido de que as empresas concessionárias podem cobrar a assinatura básica porque isto definido no contrato de concessão como direito outorgado pelo leilão das privatizações:

345 No site do IDEC existe o documento básico de tal demanda. Cf. IDEC. Assinatura básica de telefonia. Audiência pública, Câmara dos Deputados, 05 maio 2004 [documento eletrônico]. Disponível: http://www.idec.org.br/files/assinatura_05_Mai_04b.doc

346 Cf. <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/141916/comissao-debate-projeto-que-preve-fim-da-assinatura-basica>

3. Matéria jurídica abordada no acórdão, cobrança pela recorrente da assinatura mensal básica para prestação de serviços telefônicos, amplamente debatida. Divergência demonstrada.
4. A tarifa, valor pago pelo consumidor por serviço público voluntário que lhe é prestado, deve ser fixada por autorização legal.
5. A prestação de serviço público não-obrigatório por empresa concessionária é remunerada por tarifa.
6. A remuneração tarifária tem seu fundamento jurídico no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pelo que a política adotada para a sua cobrança depende de lei.
7. O art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95, que regulamenta o art. 175 da CF, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência.
8. Os concorrentes ao procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, devem indicar o valor e os tipos das tarifas que irão cobrar dos usuários pelos serviços prestados.
9. As tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento.
10. O artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação”.
11. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica.
12. A permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 01/98) para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas.
13. As disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas.
14. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa afirmando que, “para manutenção do direito de uso, as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura”, segundo tabela fixada pelo órgão competente. Estabelece, ainda, que a tarifa de assinatura inclui uma franquia de 90 pulsos.
15. Em face do panorama supradescrito, a cobrança da tarifa de assinatura mensal é legal e contratualmente prevista.

Depois, a ementa do acórdão descreve que a regulamentação vigente à época, que permite a assinatura básica, é amparada pelo sistema jurídico, bem como pelo contrato avençado. Além disso, trata considerações de ordem econômica, acerca da necessidade de que tal pagamento seja feito, de modo a manter o sistema telefônico:

16. A tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência.
17. Não há ilegalidade na Resolução nº 85 de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: “XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço”.

18. A Resolução n. 42/05 da Anatel estabelece, ainda, que “para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal”, segundo tabela fixada.

19. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n° 9.472, de 16.07.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, como é o caso dos autos.

20. A obrigação de o usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3° e 4°, da Lei n° 9.472, de 16.07.1997.

Além de definir que há amparo na legislação federal ordinária, o voto – e a ementa – considerou que o manejo do Código de Defesa do Consumidor não seria o bastante para traduzir como ilegal a cobrança. Para finalizar os seus argumentos, o Ministro José Delgado produziu uma analogia com as ações que permitiam a cobrança de uma tarifa mínima no sistema de distribuição de água e esgoto. No raciocínio do Ministro, se era possível cobrar tal tarifa na água – sem uso efetivo –, também seria possível a cobrança da assinatura básica:

21. O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.

22. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame.

23. O STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassarem essa quantificação.

[...] 26. Artigos 39, § 6°, I, III e V; e 51, § 1°, III, do Código de Defesa do Consumidor que não são violados com a cobrança mensal da tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia.

27. Recurso especial provido para permitir a cobrança mensal da tarifa acima identificada.

Na prática, ocorreram diversas decisões no mesmo sentido por parte do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, o movimento recursal, sobre essa matéria, em tal Corte era tão pronunciado que foi necessária a edição da já mencionada súmula para buscar o encerramento definitivo da questão. Após tal decisão, uma grande quantidade de processos vem sendo liquidada de forma célere, por conta do mecanismo previsto na Lei n° 11.672, de 2008, que trata dos recursos repetitivos, que introduziu o art. 543-C, do Código de Processo Civil (Lei n° 5.869, de 1973). O STJ fixou em Resolução a dinâmica procedimental para o trato com tais recursos (Resolução STJ n 08, de 2008). A decisão do agravo regimental no âmbito do

Recurso Especial 1.018.394/RS, relatada pelo Ministro Luiz Fux, mostra como o precedente do Ministro José Delgado ecoa na sua Ementa:

Quadro 36 – Fundamentação do acórdão sobre assinatura básica (1)

Argumentos referidos ao exame e a exposição.	Localização na Ementa
Há amparo constitucional para a cobrança por meio do art. 175, parágrafo único, III (CRFB, de 1988).	Tópico 01.
Há previsão legal para a cobrança pelo art. 2º, II, da Lei de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987, de 1995), bem como no art. 93, VII, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 1997). O centro é o equilíbrio econômico-financeiro das concessões.	Tópicos 01, 03 e 10.
Há previsão nos contratos de concessão, assinados após a adjudicação do objeto da licitação.	Tópico 04.
Há previsão regulamentar para a cobrança (Res. nº 85/98 e Res. nº 42/95, da Anatel).	Tópicos 08 e 09.
O Edital da licitação, que conduziu a desestatização, previu que os serviços teriam tal cobrança no conjunto da tarifa.	Tópicos 02 e 03.

A conclusão está exposta no final da ementa do Acórdão deste Recurso Especial. Ela é tripartida em quatro momentos, como pode ser depreendido do quadro abaixo.

Quadro 37 – Fundamentação do acórdão sobre assinatura básica (2)

Argumentos referidos à decisão.	Localização na Ementa
A cobrança é lícita porque prevista amparada na legislação e não ofensiva ao Código de Defesa do Consumidor. Também, porque o serviço é disponibilizado para o uso contínuo e ininterrupto. [Nota: neste momento, ela define a licitude].	Tópico 11.
Não é abusiva por que: (a) não é ilícita; (b) não é excessiva; (c) não aduz vantagem desproporcional ao fornecedor; e, por fim, (d) não é incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade. [Nota: aqui, ela afasta a possível ilicitude].	Tópico 12.
Ademais, os serviços de consumo de água são idênticos e legais, com vários precedentes do próprio STJ. [Nota: ela ratifica a lógica da decisão com uma analogia, indicando precedentes externos (analógicos, também)].	Tópico 13.
Consequentemente, o STJ tem decidido desta forma, em síntese [Nota: enfim, aqui, ela indica precedentes internos].	Tópico 14.

Com a derrota judiciária, combinada com o beco sem saída na solução parlamentar, o IDEC mudou a sua palavra de ordem. As reivindicações não seriam mais baseadas na assinatura básica. Elas seriam redirecionadas para o reajuste da tarifas. Isso não impede que o debate continue “insepulto”. A Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP) achou por bem derrubar o veto, interposto pelo governador daquele Estado, que havia recaído

sobre Projeto de Lei que extinguiu a cobrança da assinatura básica na telefonia fixa³⁴⁷. O mais curioso é que tal projeto (de autoria do Deputado Jorge Caruso, PMDB) estava combinado com diversas outras medidas de proteção dos consumidores como a liberação do pagamento de estacionamento em centros de compras (“shopping centers”). O mesmo caso já havia ocorrido no Distrito Federal, tendo sido a Lei Distrital declarada inconstitucional:

Eu julgo totalmente inconstitucional. Mas nós temos aqui um deputado, Chico Leite, que eu tenho uma briga muito particular com ele em razão disso. Um dia ele chegou lá no PROCON. Todos os projetos de lei vão ao PROCON para parecer. Eu entendo que o Distrito Federal pode legislar concorrentemente desde que a matéria não seja de competência exclusiva da União. Ele virou para mim e disse que nós podemos legislar concorrentemente e tal. Eu disse: “também acho, desde que não seja competência da União”. Então, o Chico Leite fez a lei da assinatura básica e se promoveu muito por conta disso. Na hora, veio um mandado de segurança preventivo da Brasil Telecom. A empresa conseguiu porque a lei padece de inconstitucionalidade. O próprio Governador propôs uma ADIN, mas a questão é que ele queria se promover. Projeto de lei distrital para a pessoa se promover. Ele conseguiu a promoção que queria. Só que a lei não teve eficácia³⁴⁸

Poder-se-ia indicar que o caso da assinatura básica foi devidamente finalizado com a edição da Súmula 356, do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Não foi o caso. As ações em prol do fim da cobrança da assinatura básica eram ajuizadas de muitas formas: ações coletivas, ações ordinárias individuais e ações nos juizados especiais cíveis. A jurisprudência do STJ fecha um cerco às decisões dos Tribunais (individuais e coletivas). No entanto, devida à existência de problema lógico-judiciário, das decisões das turmas recursais dos juizados especiais não cabe a interposição de recurso ao STJ. Logo, tem-se dificuldade para fazer valer a jurisprudência deste Tribunal superior, que pacificou o entendimento sobre a legalidade da assinatura básica. No entanto, cabe a interposição de recurso extraordinário – que visa averiguar a conformidade da decisão recorrida com o texto constitucional – ao Supremo Tribunal Federal. Um caso recente foi decidido pelo STF, e demonstra que seus ministros ainda possuem dúvidas sobre a constitucionalidade da assinatura básica. No acórdão foram vencidos os Ministros Marco Aurélio Mello e Eros Grau, que anuíam pela legalidade da assinatura. Os demais ministros não deram provimento ao recurso, tendo como resultado a

347 Cf. <http://pcworld.uol.com.br/noticias/2009/11/26/assembleia-legislativa-sp-proibe-cobranca-de-assinatura-basica>.

348 ANA PAULA CAMARGOS, advogada e servidora do PROCON-DF, entrevista, Brasília.

manutenção do acórdão da turma recursal dos juizados especiais estaduais da Bahia que decidiu pela ilegalidade da assinatura básica:

TELEFONIA. COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA. DECISÃO RECORRIDA QUE SE LIMITOU A EXAMINAR O CONTRATO ENTRE A CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO E O CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA ANATEL. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. CAUSA DECIDIDA, TÃO-SOMENTE, COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE. 1. Caso em que não se está a discutir o contrato de concessão entre a agência reguladora e a concessionária de serviço público. A controvérsia não vincula senão o consumidor e a concessionária de serviço de telefonia. De mais a mais, a agência reguladora a ANATEL não manifestou, expressamente, interesse na solução da controvérsia. Pelo que não há falar de interesse, jurídico ou econômico, da ANATEL. 2. A questão alusiva à cobrança da assinatura básica é unicamente de direito e não apresenta complexidade apta a afastar o seu processamento pelo Juizado Especial. 3. O mérito da causa está circunscrito à legislação infraconstitucional, notadamente o Código de Defesa do Consumidor. 4. Recurso conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. Fica mantido o acórdão impugnado, que deu pela ilegalidade da cobrança da assinatura básica³⁴⁹.

O ponto central da decisão era definir se o que estava em causa era tão somente uma relação de consumo ou, ao contrário, se a questão estava relacionada com o contrato de concessão dos serviços público. Veja-se que o prisma de avaliação jurídica do Supremo é constitucional, em sede de Recurso Extraordinário. Logo, a questão é saber se há violação – mesmo que, em tese – ao texto constitucional, para admitir o recurso. O tópico 3 da ementa é o que defina a repercussão geral aprovada neste caso paradigmática. O Supremo Tribunal Federal definiu que os debates sobre assinatura básica estão somente no horizonte do Código de Defesa do Consumidor. A partir de tal julgado, foi possível negar conhecimento, de forma reiterada a todas as decisões das turmas recursais dos juizados especiais do país.

Vale à pena transcrever parte do debate, no qual o Ministro Marco Aurélio defendia a existência de infração ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Para ele, ao se desconhecer esta infração, estar-se-ia aceitando o desequilíbrio no contrato de concessão, que ensejaria um prejuízo ao concessionário:

O Senhor Ministro Marco Aurélio: Presidente, peço a palavra, antecipadamente, não para aderir ao voto do relator, mas para tentar fazer um contraponto. [...]

349 BRASIL: STF. Recurso Extraordinário 567.454/BA, TELEMAR NORTE LESTE S/A vs. Irena Maria Andrade de Souza, Interessados – BRASIL TELECOM S/A & Instituto de Educação para o Consumo, Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 18 jun. 2009 (aprovada Repercussão Geral sobre o mérito), divulgado no Diário da Justiça Eletrônico em 27 ago. 2009, publicado em 28 ago. 2009, Ementário, v. 2.371-08, p. 1.604.

O que se fazer em jogo no caso, Presidente? Um contrato público, um contrato de concessão, que foi estabelecido – imagina-se – a partir do disposto no inciso XXI do artigo 37. [...].

Afirma-se que a situação é semelhante àquela com a qual nos defrontamos e que versava a discussão sobre a necessidade ou não de discriminação, nas contas de telefone, dos pulsos. A meu ver, não, Presidente. A meu ver, tem-se aqui questionamento de ordem maior a ensejar a competência da Justiça comum, propriamente dita, já que indispensável partir, até mesmo, para a prova pericial, incompatível com a atuação dos Juizados Especiais. [...]

Creio fazer-se em jogo, acima de tudo, o que o inciso XXI do artigo 37 quer que prevaleça: as balizas iniciais do contrato de concessão. A partir do momento em que o Judiciário glosa parcela decorrente do contrato firmado, introduz, a meu ver, um desequilíbrio – porque alguém vai ter que pagar pelo serviço.

[...] Paremos um pouco para pensar nas consequências da extirpação dessa parcela constante das contas – que não é compreendida pelos usuários do serviço. Realmente não o é. Imagine-se que seja simplesmente um “plus” a apresentar, portanto, simples lucro indevido para as empresa, quando, na verdade, o valor estampado compõe o que é necessário para custear a própria prestação dos serviços.

[...] Se ultrapassada essa matéria alusiva à competência dos Juizados Especiais, penso que a decisão prolatada discrepa da garantia prevista no inciso XXI do artigo 37, colocando em risco serviço que atende a um número indeterminado de usuários.

Depois do voto do Ministro Marco Aurélio Mello, a Ministra Carmen Lúcia e o Ministro Ricardo Lewandowski acompanharam o relator. O Ministro Eros Grau votou no sentido de acompanhar a divergência, indicando mais um motivo:

A relação contratual de que nestes autos se cuida não é travada entre prestador do serviço e mero consumidor, porém entre prestador do serviço e usuário de serviço público, quer dizer, cidadão. Daí porque não há, aqui, pura e simplesmente – como eu observei no meu voto na ADIN nº 1.007, cogitando de situação análoga – uma relação de consumo, o que ensejaria a ponderação do disposto do art. 24, inciso V, da Constituição. As relações de consumo são acessíveis unicamente a quem possa ir ao mercado portando moeda suficiente para adquirir bens e serviços, situação bem diferente daquela em que se coloca o cidadão usuário do serviço público.

Com relação o artigo 37, inciso XXI, é exatamente o que disse o Ministro Marco Aurélio: alguém vai ter de pagar; e quem vai pagar é a própria sociedade.

[...] A conta não fecha. Pelo que pude ler nos memoriais que recebi – e consultei ligeiramente as peças, o Ministro Carlos Britto pode eventualmente dizer que estou enganado; e, se disser, eu retiro esse lado do meu voto – o que é o princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Se mais adiante for demonstrado que na composição da tarifa proposta pelo concessionário estava computado esse item, o Estado deverá recompor o equilíbrio econômico-financeiro.

Quanto proferia seu voto, o Min. Eros Grau foi interrompido pelos Ministros Carlos Britto, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski que lhe replicaram argumentos. Segundo respondeu o Min. Cezar Peluso: “A prestação de serviço é cobrada mediante tarifa; aí, o que se cobra é só sobretarifa pela oferta ou não-uso do serviço. A pergunta é: isso corresponde à contraprestação de quê?” O Ministro Ricardo Lewandowski aduziu: “Com uma agravante; essa sobretarifa é cobrada sem que o usuário saiba a que título ela é cobrada e a que importância corresponde. Isso é o que se discute nos autos”. Já a interrupção do Ministro

Carlos Britto indicou: “É uma tarifa ficta. Não existe a prestação do serviço, a contrapartida prestacional que justifique a cobrança da sobretarifa”.

Ao fim, foi decidido que o caso da assinatura básica não envolve complexidade técnica que justifique perícia e tem como objeto somente a relação de consumo entre a empresa concessionária e o consumidor. Portanto, não suscitaria recurso extraordinário já que não colocaria em causa o texto constitucional.

Em princípio, esta decisão manteria o “status quo” acerca do tema, enfeixado pela Sumula 356, do STJ. Todavia, como as decisões das turmas recursais dos juizados especiais não são passíveis de reversão pelo STJ, por meio de recurso especial, haveria uma divergência jurisprudencial. Os juizados poderiam considerar a assinatura básica ilegal, ao passo em que o Tribunal unificador da jurisprudência nacional – o STJ – não poderia nada fazer. Para reverter esta ordem de questões processuais, o STJ editou uma Resolução, em 2009, acatando reclamações constitucionais para reverter casos congêneres. Se o julgado de uma turma recursal fosse diretamente contrário ao entendimento consolidado na jurisprudência do STJ, caberia sua reversão. A decisão abaixo exemplifica a tese:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO ADMINISTRATIVO – CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS – RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CABIMENTO EXCEPCIONAL – TELEFONIA FIXA – TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA – LEGALIDADE. 1. Nos termos do decidido nos autos do EDcl no RE 571.572/BA, Rel. Min. Ellen Gracie (Plenário, julgado em 26 ago. 2009), compete ao STJ conhecer de reclamação destinada a dirimir controvérsia entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência desta Corte firmada em julgamento de recurso especial. Resolução n. 12/2009 do STJ. 2. A Primeira Seção do STJ firmou o entendimento de que é legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa. 3. Reclamação julgada procedente³⁵⁰.

Deve ser ressaltado que, antes da edição da referida Resolução, o Tribunal considerava improcedentes as reclamações ajuizadas com o mesmo fito:

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. DEMANDAS RELATIVAS À LEGITIMIDADE DA COBRANÇA DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA DE TELEFONIA. DECISÕES DE JUIZADO EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. A Reclamação não é via adequada para controlar a competência dos Juizados Especiais. 2. Igualmente inadequada a via da reclamação para sanar a grave deficiência do sistema normativo vigente, que não oferece acesso

³⁵⁰ BRASIL: STJ. Reclamação 3.924/BA, Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 23 jun. 2010, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 04 ago. 2010.

ao STJ para controlar decisões de Juizados Especiais Estaduais contrárias à sua jurisprudência dominante em matéria de direito federal, permitindo que tais Juizados, no âmbito da sua competência, representem a palavra final sobre a interpretação de lei federal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento³⁵¹.

Apesar do que poderia ser depreendido do acórdão julgado pelo Supremo, pode-se inferir que a tendência é que a assinatura seja mantida, independentemente da forma que venha a ter a tarifação. Assim, mesmo quando o sistema de minutos esteja completamente generalizado, é possível que haja uma franquia mínima de ligações locais, que faça o exato papel que a assinatura básica produz hoje. A única ressalva é que o setor de telecomunicações apresenta um enorme dinamismo e mesmo o mercado brasileiro está mudando muito. A recente fusão da Oi S/A com a concessionária Brasil Telecom S/A demonstra isto. A nova empresa perseguiu – e conseguiu – a abertura do mercado de TV por assinatura, mesmo antes que qualquer alteração regulamentar ou legislativa tivesse ocorrido³⁵². Na repercussão, alguns parlamentares indicaram que a entrada das empresas de telefonia fixa no segmento de TV por assinatura iria trazer sinergias, já que seria usada a mesma rede para nova função. Uma ponderação irônica foi feita: a necessidade de se rever a cobrança da assinatura básica para aprovar a lei que potencialmente permitiria a entrada das concessionárias no setor de TV a cabo.

5.2.2 A demanda pelo detalhamento das contas de consumo dos serviços da telefonia fixa

Este tipo de demanda poderia ser considerado como tipicamente individual. Todavia, algumas ações civis públicas foram ajuizadas. Como já mencionado, as tarifas do serviço telefônico eram mensuradas por “pulsos”, que era uma medida abstrata. Ela variava dependendo do horário, destino e duração da chamada. As contas não efetuavam o cálculo, nem detalhavam o número de ligações. Somente indicavam quantos “pulsos” haviam sido consumidos no mês de referência. O relato de uma agente do PROCON do Distrito Federal ilustra o problema:

351 BRASOL: STJ; Agravo Regimental na Reclamação 2.704/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12 mar. 2008, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 31 mar. 2008.

352 ANATEL APROVA. O Globo. Caderno Economia, p. 4, 24 nov. 2011.

O nó da conversão de “pulso” para “minuto” não foi desatado, porque ia ser prejudicial ao consumidor. Diz-se correntemente que o pulso não revela o consumo real do consumidor. O pulso é algo aleatório. Como é que você vai mensurar a questão do pulso. Porém, quando eles fizeram essa conversão, houve uma análise demonstrando que ela era prejudicial ao consumidor. Que tipo de atitude é essa? Eu vou tornar a questão mais clara, mas de uma forma que seja prejudicial ao consumidor, ou seja, o minuto ficou mais caro! Com a conversão o minuto ia ficar muito mais caro do que o aleatório pulso, que ninguém sabe mensurar. Você “ganha” o direito constitucional à informação e perde dinheiro! O que eu sempre reclamava é que não conseguia mensurar meus pulsos. Logo, eu nunca sabia quantos pulsos consumia realmente. Lembro que isso era uma grande discussão. Geralmente, o que se via no PROCON era a reclamação de que numa determinada residência se consumia tantos pulsos por mês e, de repente, eles aumentavam para não se sabia quanto. Como isso aumentou? Quer dizer, não é possível mensurar essa questão do consumo pelo cálculo de pulsos. Mas aí veio uma mudança que é prejudicial ao consumidor. Olha só a postura da ANATEL! Ao invés de mudar para trazer aquela clareza para o consumidor, ela prejudica³⁵³.

Parte importante e recente do problema está relacionada com a revogação, por parte da Primeira Seção, da Súmula 357, editada pelo Superior Tribunal de Justiça. Ela continha a seguinte disposição: “A pedido do assinante, que responderá pelos custos, é obrigatória, a partir de 1º de janeiro de 2006, a discriminação de pulsos excedentes e ligações de telefone fixo para celular”³⁵⁴. A revogação ocorreu no âmbito do julgamento do Recurso Especial 1.074.799/MG, num julgamento colegiado na Primeira Seção daquele Tribunal, em 27 de maio de 2009. Como fundamento legal da decisão, dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 1997), assim como o art. 7º do Decreto nº 4.733, de 2003. A modificação ocorreu porque o STJ reviu o seu entendimento e anuiu no sentido de que o detalhamento deve ser gratuito, obrigatório e geral, em conformidade com a modificação no regulamento da ANATEL. Este caso é uma evidência de que a insurgência judicial dos consumidores possui o condão de forçar o sistema regulatório a adaptar-se. Um servidor da Agência evidenciou a questão:

Como você vai defender que, num setor de alta tecnologia, no qual a integração tecnológica é bastante forte, não seja possível discriminar uma conta telefônica? Não dá para defender uma posição como essa! Se você consegue cobrar, como que não consegue discriminar?³⁵⁵

353 ANA PAULA CAMARGOS, advogada e servidora do PROCON-DF, entrevista, Brasília. Ficha 08.

354 BRASIL: STJ. Súmula 357, Primeira Seção, aprovada em 25 jun. 2008, publicado no Diário da Justiça, Eletrônico em 08 set. 2008.

355 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 153.

De fato, como seria possível indicar que as operadoras de telefonia fixa não têm condições técnicas de discriminar as chamadas e, conseqüentemente, as contas de consumo, quando este procedimento já era corrente na área de telefonia móvel. Ainda, como coloca o entrevistado: se é possível mensurar, de forma correta, é imperativo que seja isso seja demonstrado ao consumidor. Note-se que é o cerne da disputa. Se a empresa alega que sua tarifação está sendo realizada de forma correta, ou seja, de acordo com a política tarifária aprovada pela Agência, ela deve demonstrar isso ao consumidor. Uma rápida cronologia demonstra a modificação regulamentar:

Quadro 38 – Ação e reação no caso da discriminação das faturas

Fato inicial – Ação	Fato derivado – Reação	Consolidação normativa
Ações individuais e coletivas que perseguiam o detalhamento.	Pressão do Poder Executivo para a Agência adaptar-se.	Edição, no âmbito do Decreto Presidencial nº 4.733/2003, da determinação de possível discriminação.
Intensificação da pressão judiciária.	Intensificação da pressão política.	Aquiescência da Agência por meio da Resolução 423 e 426/2005, na qual se fixou o prazo de conversão para 01 de agosto de 2005.
Pressão das operadoras para ampliação do prazo de adaptação; pressão das associações de consumidores sobre a tarifação da Internet discada no STFC.	Negociação na Agência, que unificou as demandas.	Prazo ampliado pela Resolução 432/2006, para 01 de agosto de 2007.
		Sistema de tarifação diferenciado para a Internet discado pela Resolução 450/2006, implantado de 31 de julho de 2007.
Continuidade da pressão nos tribunais por inércia ou continuada discordância com a solução.		Edição da Súmula 357, do STJ, juntamente com o verbete sumular da assinatura básica. Adaptação paulatina do Tribunal à mudança regulamentar, com a revogação da Súmula em Recurso Especial Repetitivo (1.074.799/MG).

O Decreto nº 4.733/2003 substituiu decreto presidencial anterior e modificou o marco das políticas públicas de telecomunicações. No que concerne à discriminação, nele estava contida a determinação de que as operadoras deveriam – se pedido pelo consumidor – discriminar as faturas, com ônus:

Art. 7º A implementação das políticas de que trata este Decreto, quando da regulação dos serviços de telefonia fixa comutada, do estabelecimento das metas de qualidade e da definição das cláusulas dos contratos de concessão, a vigorarem a

partir de 1º de janeiro de 2006, deverá garantir, ainda, a aplicação, nos limites da lei, das seguintes diretrizes:

X - a fatura das chamadas locais deverá, com ônus e a pedido do assinante, ser detalhada quanto ao número chamado, duração, valor, data e hora de cada chamada;

XI - a fatura das chamadas de longa distância nacional e internacional deverá, sem ônus para o assinante, informar o número chamado, duração, valor, data e hora de cada chamada;

Pouco tempo depois, a própria ANATEL aprovou uma Resolução que fazia eco ao que fora definido pelo Poder Executivo. O item 8.3 já indicava que as concessionárias teriam até 01 de agosto para adaptar seu sistema de tarifação:

8.3. A partir de 1º de agosto de 2006, a Concessionária se obriga a bilhetar todas as chamadas envolvendo terminais do Plano Básico do STFC pertencentes às Áreas Locais mencionadas nos itens 8.1 e 8.2.1, em conformidade com o disposto no item 2 do Apêndice C desta Norma e na regulamentação específica.

8.3.1. A Concessionária se obriga, a partir da data indicada no item 8.3, a tarifar e a apresentar, aos assinantes pertencentes às Áreas Locais mencionadas nos itens 8.1 e 8.2.1, documento de cobrança com discriminação da utilização integralmente em conformidade com o disposto no item 2 do Apêndice C desta Norma e na regulamentação específica.

8.3.2. A partir da data indicada no item 8.3, a Concessionária se obriga a apresentar documento de cobrança detalhado, mediante pedido do assinante, nos termos da regulamentação.

8.3.3 A implementação, em data anterior à fixada no item 8.3, da tarifação em conformidade com o disposto no item 2 do Apêndice C desta Norma, implica a apresentação do detalhamento das chamadas, mediante pedido do assinante, nos termos da regulamentação.

8.4. É vedada à Concessionária a cobrança, a partir de 1º de agosto de 2006, de valores relativos à utilização entre terminais do STFC, excedente à franquia, de forma diversa do disposto no item 8.3 desta Norma.

Esta determinação vigorava apenas para as concessionárias. Portanto, no que toca à discriminação, estavam fora da sua égide, outras prestadoras do STFC, tais como a VÉSPER e a GVT Ltda., que não possuem concessões e, sim, autorizações. A Resolução nº 426/2005 fixou a necessidade de detalhamento das faturas para todas as operadoras do STFC, no seu art. 83:

Art. 83. A prestadora na modalidade local deve fornecer, mediante solicitação do assinante, documento de cobrança do serviço contendo o detalhamento das chamadas locais que permita identificar, para cada chamada local realizada, entre telefones fixos, o número do telefone chamado, a data e horário de realização, a duração e o seu respectivo valor.

Ainda na mesma norma regulamentar, o art. 127 está adstrito ao título das disposições transitórias e firma o prazo de implantação do novo sistema de tarifação:

Art. 127. Este Regulamento entra em vigor a partir de 1º de janeiro de 2006.

§ 1º A prestadora deve adaptar o contrato padrão de adesão, os planos de serviço e PUC existentes na data a que se refere o *caput*, a este Regulamento, até 30 de abril de 2006.

§ 2º A implementação do detalhamento a que se refere o art. 83, se dará:

I – para as concessionárias, nos termos da regulamentação; e

II – para as autorizadas, no prazo de até 12 (doze) meses, findo o qual deve-se observar o disposto no § 1º do art. 83 deste regulamento.

Pois a Resolução 423/2005 fixou que as concessionárias teriam o prazo de 01 de agosto de 2006 para modificar seus sistemas. As demais operadoras ficaram o dia 02 de janeiro de 2007. Mas a data inicialmente definida para as concessionárias não seria cumprida. Havia uma questão candente: como tarifar – no sistema de minutos – as ligações de terminais de Internet discada. O sistema de pulso permitia que os consumidores fossem cobrados somente com um pulso, em horários pouco usados, como de madrugada, por exemplo. Instalou-se um debate sobre o assunto. Logo, a Agência não pode garantir a cobrança por minuto de forma tão célere. Assim, foi editada a Resolução 432/2006 somente para postergar o prazo das concessionárias:

Art. 1º Adiar, pelo prazo de 12 (doze) meses, as datas constantes do item 8 da Norma para Alteração da Tarifação do Plano Básico do Serviço Telefônico Fixo Comutado na Modalidade Local Prestado em Regime Público, aprovada pela Resolução nº 423, de 6 de dezembro de 2005, publicada no DOU em 9 de dezembro de 2005.

O imbróglio relacionado a um modo de tarifação que não inviabilizasse o uso da Internet discada com tarifa reduzida na madrugada e nos finais de semana só foi resolvida com o estabelecimento do Plano Alternativo de Serviço de Oferta Obrigatória (PASOO). Com ele, a Resolução nº 450/2006 definiu a questão ao manter o horário reduzido que viabilizava a conexão à Internet.

Em síntese, a definição da possibilidade de discriminação das contas atingiu todos os serviços de telefonia fixa comutada. Isso criou o reconhecimento a um direito subjetivo, que incentivou o ajuizamento de milhares de ações, seja nos sistemas dos juizados especiais, seja no Judiciário comum estadual. Como relatou uma entrevistada, sobre o seu trabalho como magistrada:

Eu tenho decisões padrão em demandas industriais, como aquelas contra a TELEMAR, no caso dos pulsos excedentes, por exemplo. São casos, também, em que já se tem um pensamento acertado no Tribunal. Os magistrados dos juizados já têm até um pensamento definido para seguir, considerada a turma recursal. Faz sentido, depois de já ter havido tantos julgamentos. Eu comecei a receber esse tipo de demandas, mais ou menos, em 2003. Esse assunto já foi julgado muitas vezes. Os recursos já voltaram com as decisões da turma recursal. Ele já tem um pensamento uniforme e eu tento me adequar. É fácil porque nesse caso, o entendimento da turma

coincide com o meu, Minha opinião nesses casos é que se cada juiz julgar de um jeito será péssimo para o Judiciário. Para tanto, eu monto uma decisão mais ou menos padronizada. Ela pode ser padronizada: “Abster-se de efetuar cobrança de pulso sob pena de multa por fatura, bem como devolver os pulsos que pagou nos últimos 90 dias antes do ajuizamento da ação”. Então, o juizado já consegue fazer bem isso. Por exemplo, se eu vejo que é um processo de pulso, eu junto uns cinco na minha sala: “Pode entrar! Sentença de pulso é assim, assim e assim. Pode assinar, por favor. Não tem como ser diferente! É tudo massificado!”³⁵⁶

Deve ser frisado que o movimento foi iniciado em paralelo à edição do Decreto pelo Presidente da República, que fixou a obrigação de discriminação, como política pública. É importante ressaltar que as ações para discriminação dos pulsos se baseavam numa lógica dura para as empresas, em princípio. Os consumidores demandavam a discriminação, bem como o pagamento dobrado do que foi cobrado, porém não demonstrado como efetivamente prestado.

O pedido de impugnação na cobrança dos pulsos excedentes ocorre porque as ligações não são discriminadas. Logo, o consumidor não sabe para onde o telefone ligou. Aliás, não sabe nem se foi no mês daquela fatura, ou se está sendo cobrado de acordo com a fatura anterior. O ponto central é que não vem um detalhamento. Esse é o questionamento de pulsos. As empresas estão criando planos de sessenta minutos. Mas, toda hora as empresas prorrogam mais o início da vigência disso. Inicialmente seria para agosto. Agora não se sabe se as empresas vão manter. Então eles falam que quem quisesse o detalhamento, deveria pagar um real pelas despesas de correio. Quem não quisesse detalhamento não pagaria e não o teria³⁵⁷.

Poderia ser considerado que tal comportamento fosse gerar um peso na conta das empresas. Porém, tal não ocorre porque – considerada a base de clientes – são poucos os consumidores que vão ao Judiciário para exigir que sejam estornados os valores excedentes e não discriminados;

Para as empresas, tudo depende de quanto eles estão perdendo e de quanto eles estão ganhando. Se eles estão cobrando pulsos excedentes, na conta de todo mundo, está tudo muito bem. Claro que isso ocorre apesar de parecer existir um número expressivo de variações. Mas para as empresas vale mais a pena fazer essa variação dos pulsos e continuar cobrando os 99%, do que adequar o seu sistema de cobrança. Muitas vezes, eu perguntei para o pessoal do Expressinho: “porque vocês não mudaram isso; a gente vive condenando vocês”. A resposta para os juízes é que a quantidade de condenações não representa um número grande. Dentro do

356 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, entrevista, São Gonçalo. Ficha 169.

357 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, entrevista, São Gonçalo. Ficha 177.

faturamento da empresa, isso não é nada. Aliás, é o que vale à pena. Afinal, a empresa vive para isso. É um cálculo que se faz sobre a questão daquilo que ele vai ganhar, ou vai perder³⁵⁸.

O volume maciço de ações judiciais fez com que o Superior Tribunal de Justiça editasse a Súmula 357, como foi mencionado acima. No entanto, vale realizar um recuo até o período posterior ao Decreto 4.733/2003, que também já foi descrito. O Decreto firmou que a agência deveria aprovar alguma política pública para efetivar a discriminação. No entanto, a inércia da ANATEL só foi rompida no final de 2005, com a edição da primeira resolução sobre o assunto. Neste interregno, outros portadores de competência normativa se movimentaram, tal como as Assembléias Legislativas. É evidente que havia uma movimentação de associações e militantes da área de defesa do consumidor. Em consequência, é razoável que as Assembléias Legislativas editassem leis sobre o assunto. O tema é sensível ao sistema político, já que encontra bastante interesse na população como um todo. O Poder Legislativo do Distrito Federal é especialmente ativo no assunto. Foi aprovada e sancionada lei sobre o tema. No entanto, é evidente que a Câmara Distrital, como os poderes legislativos dos Estados e dos municípios, não tem competência para legislar sobre o tema. Pouco tempo depois, após o ajuizamento de uma ação direta, foi suspensa a lei que, provavelmente será decretada inconstitucional. Aliás, como é comum, não houve julgamento de mérito na ação, tendo somente possível a suspensão em medida cautelar:

Discriminação de Faturas. Inconstitucionalidade. Ação Direta. Lei Distrital nº 3.426/2004. Serviço público. Telecomunicações. Telefonia fixa. Concessão. Concessionárias. Obrigação de discriminar informações na fatura de cobrança. Definição de ligação local. Disposições sobre ônus da prova, termo de adequação e multa. Inadmissibilidade. Aparência de invasão de competência legislativa exclusiva da União. Ofensa aos artigos 21, XI, 22, IV, e 175, § único, incisos I, II e III, da CF. Liminar concedida. Precedentes. Votos vencidos. Aparenta inconstitucionalidade a lei distrital que, regulando a prestação do serviço correspondente, imponha as concessionárias de telefonia fixa obrigações na confecção das faturas e disponha sobre unidade de tarifação, ônus da prova, termo de adequação às suas normas e aplicação de multas³⁵⁹.

358 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, entrevista, São Gonçalo. Ficha 176.

359 BRASIL: STF; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.322/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 02 ago. 2006, publicado no Diário da Justiça em 19 dez. 2006, p. 35, publicado no Ementário, v. 2.261-4, p. 749, publicado na íntegra na Rev. Interesse Público, v. 9, n. 41, 2007, p. 159-191.

No entanto, como ficou evidente a solução acabou sendo integrada no sistema normativo da agência. A Súmula 357/STF teve que ser revogada porque a ANATEL expediu uma resolução mais favorável ao consumidor, dispensando-o de ter que arcar com os custos da discriminação.

TELEFONIA FIXA. DETALHAMENTO DAS CHAMADAS. OBRIGATORIEDADE. TERMO INICIAL. SOLICITAÇÃO DO USUÁRIO. GRATUIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO TIDOS COMO PROTETÓRIOS. MULTA. AFASTAMENTO. SÚMULA 98/STJ. I - O Estado, com a edição do Decreto nº 4.733/2003, entre outras medidas necessárias para a alteração do sistema de tarifação de pulsos para tempo de utilização, determinou o detalhamento de todas as ligações locais e de longa distância. II - O prazo para a conversão do sistema, inicialmente previsto para 31 de julho de 2006 pela Resolução 423/2005, foi ampliado em doze meses pela Resolução 432/2006, para não prejudicar os usuários da internet discada, os quais, neste prazo, foram atendidos com plano alternativo apresentado na Resolução 450/2006. III - Assim, a partir de 01 de Agosto de 2007, data da implementação total do sistema, passou a ser exigido das concessionárias o detalhamento de todas as ligações na modalidade local, independentemente de ser dentro ou fora da franquia contratada, por inexistir qualquer restrição a respeito, conforme se observa do constante do artigo 83 do anexo à Resolução 426/2005, que regulamentou o sistema de telefonia fixa. IV - Também no artigo 83 do anexo à Resolução 426/2005, restou reafirmada a determinação para que a concessionária forneça, mediante solicitação do assinante, documento de cobrança contendo o detalhamento das chamadas locais, entretanto ficou consignado que o fornecimento do detalhamento seria gratuito para o assinante, modificando, neste ponto, o constante do artigo 7º, X, do Decreto nº 4.733/2003. V - A solicitação do fornecimento das faturas discriminadas, sem ônus para o assinante, basta ser feita uma única vez, marcando para a concessionária o momento a partir do qual o consumidor pretende obter suas faturas com detalhamento. VI - Revogação da súmula 357/STJ que se impõe. VII - Recurso especial parcialmente provido (Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08)³⁶⁰.

Deste caso é possível extrair a evidência de que a modificação da regulamentação dos serviços públicos, no caso brasileiro, inexoravelmente passa pelo Poder Judiciário. Isso não significa que os magistrados modifiquem os regulamentos administrativos. Porém, receber guarida no Poder Judiciário auxilia aos demais campos de disputa. Logo, se os consumidores tiverem diversas decisões favoráveis, torna-se menos complicado pressionar a Agência por mudanças.

360 BRASIL: STJ. Recurso Especial 1.074.799/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 27 maio 2009, publicado no Diário da Justiça Eletrônica em 08 jun. 2009.

5.2.3 A definição de um novo índice para a cobrança do STFC e as lutas contra os reajustes

Existem dois estudos sobre este caso. O primeiro estudo é uma monografia, premiada em concurso da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda³⁶¹. Este percuciente estudo de caso traz quatro conclusões relevantes, já que focalizou a análise do tema da relação entre regulação e Judiciário, em termos positivos. A primeira é que os mecanismos institucionais permitem um tensa coexistência entre um poder judicial difuso – representado pela primeira instância – e um poder concentrado. No caso do regime tarifário da telefonia fixa comutada, a possibilidade de que o Superior Tribunal de Justiça use o poder de suspensão de segurança para cassar liminares deu mostra de que, no poder difuso, há mais espaço para uma ação ativista dos magistrados, com potencial de interferência nas políticas públicas. Vale anotar que o instituto da suspensão de segurança é muito criticado por autores do direito administrativo que vêem nele a ausência de considerações jurídicas e o mero exercício do poder político³⁶². A segunda conclusão deste autor caminha próxima com a primeira. Ela indica que o sistema existente permite que as preferências – esposadas pelos magistrados da primeira instância – cedam em relação à visão institucional, quando revistas pela cúpula do Poder Judiciário. A terceira conclusão é que as alterações que fortaleceram o sistema de suspensão de segurança – relacionada politicamente com o caso da privatização do BANESPA – aumentaram sensivelmente a força do Poder Executivo em sua atuação judiciária, exigindo estudos futuros sobre tal tema. Por fim, a quarta conclusão é que a judicialização da política não pode ser entendida somente como modificação das políticas públicas empreendidas pelo sistema político. Mesmo a aquiescência judicial traduz o conceito. O segundo estudo é uma derivação do primeiro e foi realizado por Costa Jr. e Silveira e Silva, apresentado no Congresso da ABCP utilizou o caso do reajuste para comprovar que o desenho institucional brasileiro permite que o Poder Judiciário se imiscua de

361 COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. **Judiciário e Regulação Econômica: a judicialização da política tarifária do setor de telecomunicações em 2003 (Prêmio SEAE 2006 de monografias)**. Brasília: MF-SEAE (Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico).

362 FERRAZ, Sergio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 359 e seg.

maneira efetiva na produção ou re-formatação das políticas públicas³⁶³. Desta maneira, o referido estudo comprova a tese de que existe judicialização das políticas públicas no país. Ele o faz por meio de uma teoria neo-institucionalista que mapeia e qualifica os pontos de veto das políticas públicas. Todavia, o estudo não avança para demonstrar que esta decisão judicial obriga aos formuladores do Poder Executivo a re-organizar as políticas em novas bases. Ele nem demonstra, também, que existe a absorção de uma retórica jurídica por parte dos formuladores, que são instados a abandonar sua posição pretensamente neutra – porque técnica, como diagnosticado nesta tese – em favor do reconhecimento de direitos. Ou seja, o mencionado estudo não consegue – porque não era sua intenção, também – diagnosticar a emergência na responsividade do direito administrativo brasileiro.

Em linhas gerais, o caso dizia respeito ao índice que seria aplicado pela Agência Nacional de Telecomunicações para o reajuste das tarifas do serviço de telefonia fixa comutada. A discordância das entidades de defesa do consumidor estava centrada no índice que seria aplicado. Ela era pautada pelo fato de que o índice geral de preços (IGP), na referência “disponibilidade interna” (DI), que era o previsto nos contratos de concessão, tinha apresentado maior variação. Logo, o aumento dos fornecedores seria maior. Se fosse utilizado o IGP, na rubrica “mercado” (IGP-M), ou outro índice (IPCA ou INPC), o aumento seria menor. A conclusão de tais entidades e do Ministério Público era que deveria ser usado o segundo índice para beneficiar os consumidores. Tal pretensão gerou uma enormidade de ações civis públicas, bem como diversas ações ordinárias. O centro da problemática só começou a ser equacionado no momento em que o STJ cassou as liminares concedidas e indicou a competência para decisão da lide em uma única jurisdição (2ª Vara Federal, da Seção Judiciária do Distrito Federal). O argumento central decisão do órgão especial do STJ, que cassou a liminar, foi “o risco inverso, refletido no cenário de insegurança jurídica que pode se instalar com a manutenção da liminar”, como pode ser visualizado na ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA CONFIGURADA. INSEGURANÇA JURÍDICA E RISCO BRASIL AGRAVADO.

1. No âmbito especial da suspensão liminar, cujos limites cognitivos prendem-se à verificação das hipóteses expressas na Lei nº 8.437/92, art. 4º, descabem alegações relativas às questões de fundo.

363 COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio; SILVEIRA E SILVA, Rafael. Judicialização das políticas públicas: o caso da regulação do setor de telecomunicações. 6º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política. Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 29 jul./01 ago. 2008.

2. Caracterizado o risco inverso, refletido no cenário de insegurança jurídica que pode se instalar com a manutenção da liminar, que, em princípio, admite a quebra do equilíbrio dos contratos firmados com o Poder Público, lesando a ordem pública administrativa e econômica e agravando o risco Brasil, defere-se o pedido de suspensão.
3. Agravo regimental provido.

A decisão foi acordada na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em 01 de julho de 2004, pela maioria dos Ministros votantes, no Agravo Regimental para Suspensão da Liminar nº 57 (DF), Proc. nº 2004/0004599-1, cujo relator foi o Min. Edson Vidigal, que ocupava a Presidência do STJ. Foi publicada no Diário da Justiça (DJ), em 06 set. 2004. A liminar havia sido conferida pela 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e, também, não havia sido suspensa pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, situado na capital.

Após esta decisão, foi fixado um precedente judiciário que teve observância por parte dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais Estaduais. Consequentemente, a questão foi considerada pacificada. O segundo índice (IGP-DI) foi adjudicado às empresas concessionárias, por força dos dispositivos legais vigentes e da previsão contratual.

Todavia, para o que mais interessa a tese, a ANATEL se inseriu em um debate com o Ministério das Comunicações para a construção de um índice setorial específico, denominado “Fator de Transferência X”. Ele serviria como um redutor para o reajuste, tendo em conta os ganhos de produtividade operacional por parte das empresas. Foi construída uma resposta por parte do órgão regulador para a insatisfação demonstrada judicialmente. É claro que alguns analistas acharam que esta resposta administrativa à insurgência judicial foi negativa:

Esse [índice setorial para reajuste das tarifas, derivado da disputa do IGP-DI, que envolveu o então Ministro Miro Teixeira] é um dos poucos itens que talvez você possa dizer: “não, isso é política de serviço”. Quer dizer, o Executivo pode e deve estabelecer uma política pública que a ANATEL tem que seguir. É diferente de dizer: “dia tal mudou o índice de reajuste”. Isso não é definir política geral, entendeu? Isso é um dos disfarces da intervenção do governo sobre o Estado, ou seja, do Poder Executivo sobre uma agência reguladora. O governo está querendo dizer: “isso daqui é política de telecomunicações; agora vai e faz conforme isso”. Só que a ANATEL agora disse: “não; isso não é política geral, não; você [Governo e Ministério] está escrevendo o regulamento para mim, sou eu quem tem que o escrever!”. Agora, o correto seria o Governo dizer: “olha, a minha política é que o índice deva ser um índice atrelado a insumos ligados aos serviços”. Eu acho que isso é definir política geral. Aí seria fácil. Outras vezes são disfarces para a pura e simples intervenção. [...]. Está acabando, na ANATEL e em outras agências. Elas estão se politizando! Você tem diretores e conselheiros que são politizados. Eles não

estão preocupados com o bem do geral, do país. Eles estão olhando em primeiro lugar a conveniência política partidária³⁶⁴.

Outro viés, relacionado com o debate havido na Agência sobre índices foi trazido por outro entrevistado:

Tomemos o exemplo dos problemas relacionados com a criação do índice setorial, que foi debatido em 98, na ANATEL. Vamos criar um índice setorial, perguntou-se? Não havia sentido criar um índice setorial. Porque o que iria modular esse índice seria a ação das concessionárias que, obviamente, tem um interesse direto na flutuação desse índice. Então, iria ficar um negócio estranho. A fonte de informação seria dada pelas concessionárias. Elas são grandes empresas. Como se poderia definir um índice – que é um interesse delas – para reajustar as tarifas? Então, não tinha sentido deixar esse negócio. [...] Mas o que aconteceu recentemente? A ANATEL criou um índice setorial! Ela instituiu o tal do IST! Foi um erro e uma falta de visão. [...]. Em 2002, quando eu ainda estava na agência, havia sido demandado que o pessoal da área de serviços públicos estudasse como é que seria feita a liberdade tarifária dos serviços [...]. Era esse o plano para exercitar o art. 104 da Lei Geral de Telecomunicações. [...]. O que a ANATEL fez foi exatamente o contrário. Não só criou um índice para indexar o serviço de telefonia fixa, como estão criando regras de reajuste das tarifas de outros serviços que não tem nada a ver com um controle estrito, como os serviços móveis. Foi criada uma regra em 2001, quando da licitação dos serviços móveis para colocá-los em liberdade tarifária. Inteiramente livres! O que se fazia porque são serviços explorados no regime privado. Hoje o caminho que a ANATEL faz é o contrário³⁶⁵.

Após a análise superficial deste caso, vale indicar que a reformulação do índice de reajuste ocorreu. É claro que a polêmica judiciária obteve grande parte da sua força com o apoio que foi franqueado pelo Ministro das Comunicações da época, o deputado Miro Teixeira, no primeiro governo do Presidente Lula (2003-2006). Porém, o ponto central é que, apesar de ter havido derrota judicial, o movimento deu ensejo à pretensão dos consumidores de colaborar com a reformulação da regulação.

364 SÁVIO PINHEIRO, advogado, membro do Conselho Consultivo da ANATEL. Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 30.

365 RENATO NAVARRO GUERREIRO, antigo dirigente do Ministério das Comunicações e antigo Presidente da ANATEL, Entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006. Ficha 88.

5.2.4 Definição das áreas locais (telefonia fixa) ou áreas de registro (telefonia móvel)

Uma questão tipicamente regulatória diz respeito ao modo de definir as áreas locais nos serviços de telefonia fixa comutada, bem como as áreas de registro nos serviços móveis pessoais (celulares). Esse debate tem origem na insurgência de municípios e do Ministério Público contra a re-divisão desses parâmetros, quando da privatização e liberalização do setor de telecomunicações. Como explicado em capítulo anterior, a lógica da competição foi abraçada para objetivar a melhoria dos serviços, na pressuposição de que sempre emerge qualidade da concorrência. Logo, seria necessário que as várias empresas competissem entre si para haver a melhoria na prestação dos vários serviços. A literatura internacional indica que o serviço que seria mais propenso à absorção da competição era aquele de longa distância (nacional e internacional)³⁶⁶. O modelo brasileiro abraçou esse conceito e redefiniu as áreas de prestação para fomentar a concorrência nesse segmento de forma intensiva. Já é sabido que uma das inovações foi a introdução de um código de acesso da prestadora de longa distância a ser inserido antes da área de destino e do número do terminal buscado. Uma ligação que, antes, era assim (de 21-5878-2458 para 0 + 24 + 4558-7485) ficou assim (para 0 + 41 + 4558-7485).

Até aí, nada de muito complicado. Para além das dificuldades de identificar qual tarifa é mais acessível para o caso de cada consumidor, a concorrência na operação de longa distância não trazia potencial ofensivo. Logo, os consumidores não precisariam se preocupar com o tema. No entanto, quando da reorganização do setor para implantação do novo sistema de competição na longa distância, um conjunto de municípios que, antes, eram adstritos à mesma área local ou de registro, foi partido em duas áreas. Mesmo na inexistência de um código distinto, alguns municípios requerem a utilização do código da prestadora de longa distância para que a ligação se efetive. O exemplo evidente e próximo é Teresópolis, na qual os terminais estão na área 21 e faz-se necessário realizar a operação de longa distância.

³⁶⁶ LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. **Competition in telecommunications**. Cambridge, MA: MIT Press, 2000, cap. 3, p. 97 e seg. Uma boa introdução ao referido texto, em português: NARITOMI, Joana. A regulação do preço de acesso em indústrias de rede. Monografia de Bacharelado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, Orientador Ronaldo Fiani, Rio de Janeiro 2004, Disponível: <http://www.prh21.ie.ufrj.br>

Vale lembrar que, na história recente do setor, os serviços de longa distância eram os mais caros. Até porque as tarifas majoradas serviam como meio de subsídio para expansão e desenvolvimento das redes e dos serviços locais.

Várias ações civis públicas foram ajuizadas na Justiça Estadual e na Justiça Federal. Por vezes, a ação civil pública tinha origem no Ministério Público Estadual. Outras vezes, era patrocinada pelo próprio município, ou, ainda, era intentada por uma associação de defesa dos direitos dos consumidores. O pedido, de forma geral, era sempre o mesmo: redefinir determinada área local e de registro para juntar dois municípios que possuíssem dependência mútua ou forte relação. Os argumentos variavam desde a perspectiva econômica (o município “A” depende economicamente de “B”), até elementos culturais (o município “A” era distrito do município “B” e possui afinidades histórias e familiares entre seus concidadãos).

Mesmo que os tribunais inferiores concedessem liminares ou mesmo acórdãos para as ações, a tendência foi que o Superior Tribunal de Justiça garantisse a decisão da Agência na divisão das áreas locais e de registro. O julgado de referência, no caso, foi o acórdão proferido pela 2ª turma, em 16 de março de 2004, com relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, no Recurso Especial 572.070 (PR). Deste modo, o STJ manteve a decisão da agência reguladora. A Ementa segue abaixo:

ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei nº 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de **telefonia**, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. 2. A delimitação da chamada “**área local**” para fins de configuração do serviço **local** de **telefonia** e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar, aos eventuais interessados na prestação do serviço, a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. 3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das “**áreas locais**” estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir. 4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários. 4. Recurso especial conhecido e provido.

Outro acórdão, relatado pelo mesmo Ministro João Otávio de Noronha, teve teor idêntico: recurso especial 652.286/RS. A decisão colegiada que gerou o acórdão foi revisitada posteriormente, em outros casos, cuja pretensão era semelhante. Em diversos acórdãos, relatados pelo Ministro Luiz Fux, este primeiro julgado do Ministro Noronha serviu como parâmetro para reiterar que a delimitação das áreas locais encontra amparo nas funções administrativas da ANATEL³⁶⁷. Pode ser considerado que o tema foi radicalmente pacificado no STJ, a partir da práxis julgadora de reiterar precedentes na ementa dos acórdãos:

ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA - DELIMITAÇÃO DE "ÁREA LOCAL" PARA EFEITO DA COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA - MUNICIPALIDADE - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DEFINIDOS PELA AGÊNCIA REGULADORA. 1. Discussão em sede de Ação Civil Pública, ajuizada por município, sobre a possibilidade de anular decisão e parâmetro regulamentar de Agência Reguladora federal em relação ao sistema tarifário do serviço de telefonia fixa. 2. As duas Turmas componentes da Primeira Seção desta Corte já decidiram a presente matéria, com fulcro no seguinte argumento: "A delimitação da chamada 'área local' para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão". (REsp 572.070/PR, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.6.2004). 3. Precedentes: REsp 757.971/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 19.12.2008; REsp 982.359/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 10.12.2009; REsp 1.009.902/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 11.9.2009; REsp 965.105/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 3.9.2009. Recursos especiais providos³⁶⁸.

O relato deste caso poderia induzir a compreensão de que a insurgência dos municípios, associações e do Ministério Público não obtiveram eco. Todavia, não é o que ocorreu. A própria agência reconheceu que deve reorganizar as áreas locais e de registro para atender o pleito fundamentado dos municípios e dos consumidores. Em matéria de jornal, o presidente da ANATEL informou que está em curso a alteração das áreas, que dará efetividade às pretensões das ações:

367 BRASIL: STJ. Recurso Especial nº 757.971/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25 nov. 2008, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 19 dez. 2008. Existem vários idênticos do mesmo relator.

368 BRASIL: STJ. Recurso Especial n. 1.164.700/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04 maio 2010, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 17 maio 2010.

Não se pode deixar de mencionar a recente revisão do Regulamento sobre Áreas Locais para o Serviço Telefônico Fixo Comutado, que permitirá a realização de chamadas telefônicas a custo de ligação local entre todos os municípios de uma mesma região metropolitana ou de região integrada de desenvolvimento que possuam continuidade geográfica e o mesmo código nacional de área. As novas regras deverão beneficiar quase 70 milhões de pessoas em todo o Brasil³⁶⁹

Novamente, fica evidente que a reação judicial não é despida de resultados. Mesmo quando eles são indiretos. É nítido que o problema precisa ser solucionado de forma regulatória, já que não é uma questão relativa à definição de um direito subjetivo, somente. A própria cognição judicial da insurgência é prejudicada. O senso comum dos juristas apontaria que o dilema está muito próximo à formação de políticas públicas, nas quais a intervenção judicial é dificultada pela complexidade substantiva. Porém, resta límpido que as ações civis públicas serviram para forçar a agência a se posicionar e abrir diálogo.

Na próxima parte, serão analisados alguns casos relacionados com a telefonia móvel, de modo a demonstrar que os problemas alcançam todos os operadores de telecomunicações. Assim, é indiferente se a empresa está focalizada na telefonia fixa, ou na telefonia móvel.

5.3 Disputas relacionadas aos serviços móveis pessoais: o caso da validade do pré-pago

Conforme foi detalhado anteriormente, os serviços de telefonia celular foram reorganizados, depois do advento da Lei nº 9.472/97, como tendo sua prestação regulada na forma de serviços de “regime privado”. Igualmente, foi exposto que o centro da distinção entre os serviços do “regime público” e do “regime privado” reside no grau de obrigações e de garantias dadas aos prestadores. O serviço de telefonia fixa comutada, existente no “regime público”, possui as garantias relacionadas à lógica das concessões de serviços públicos, tais como fixadas na Lei nº 8.987/95 e na própria Lei Geral de Telecomunicações. O caso dos serviços prestados no regime privado é diverso. Eles são outorgados por meio de autorizações, que estão configuradas como instrumentos de delegação cercados de menor nível de rigidez.

Esta anotação preliminar precisa ser acompanhada de outra informação. No período posterior às privatizações houve uma minoração da rigidez normativa, já que as antigas

369 SARDENBERG, Ronaldo Motta. Defesa de um modelo. O Globo. 31 de janeiro de 2011, p. 8.

concessões de serviços móveis celulares foram convertidas em autorizações de serviços móveis pessoais. No entanto, tal aumento de flexibilidade no regime de prestação não diminuiu o impacto das demandas dos consumidores em relação aos serviços. Eles foram impactados de forma semelhante ao que ocorreu com os serviços de telefonia fixa, do regime público. Como indicaram os entrevistados, advogados de uma concessionária:

O pessoal das operadoras móveis é tratado como se fosse prestador de um serviço essencial. Eles são tratados pelos consumidores e magistrados como se fossem de empresas concessionárias; com a obrigação da garantia de universalidade e etc. É o supérfluo que virou a insulina do diabetes! Assim é o celular, hoje³⁷⁰.

Isso não decorre somente das intenções errôneas dos consumidores ou dos magistrados. A questão é que o serviço de telefonia celular se generalizou no Brasil. Por vezes, o único canal de entrada na rede geral de comunicações é um terminal móvel - seja pela comodidade, seja pelo valor mensal da assinatura básica, que não compensa a contratação de tal serviço por um usuário que receba muito mais ligações do que efetue, como um prestador de serviços:

O serviço de telefonia fixa comutada (STFC) é todo quase pós-pago. Na plataforma do SMP, cerca de 80% dos terminais estão na modalidade de pré-pago, ou seja, cartão. Logo, cerca de um quinto dos terminais estão no modelo pós-pago, ao contrário do STFC. [...]. A assinatura básica se tornou onerosa não só pelo seu valor, mas também pelos tributos. Uma assinatura básica que hoje está 42 reais cairia cerca de 20 reais, sem os impostos. A Agência tentou criar um STFC com uma tarifa social, como ocorre na área de energia. Mas não deu certo. [...]. Hoje, segundo estatísticas do IBGE, entre 12% e 13% dos domicílios do Brasil só possuem terminais celulares. Realmente, a assinatura básica está cara³⁷¹.

A dependência destes usuários ao serviço é um fator que contribui para tal sensação de essencialidade, por mais que normativamente ela não tenha amparo. Para entender as disputas, existem dois exemplos de insurgências judiciais em prol da defesa dos direitos dos consumidores nos serviços móveis. O primeiro é a luta pela manutenção da validade dos créditos nos celulares que operam com o sistema de pré-pagamento. Este sistema foi responsável pela forte expansão dos serviços junto aos usuários menos abastados, porque

370 DÉBORA BRASIL & CRISTINA MARCONDES, advogadas da AMPLA S/A e ex-advogadas da TELEMAR S/A, entrevista, Rio de Janeiro, 31 ago. 2006. Ficha 228.

371 ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 63.

limita os seus gastos com o valor que está pré-contratado e pago. A outra insurgência diz respeito às obrigações de algumas operadoras que migraram de sistema de transmissão. Existem basicamente dois padrões para o funcionamento dos serviços móveis. No Brasil, existe um uso bem amplo do GSM (“Groupe Spécial Mobile”) – oriundo do padrão TDMA (“Time Division Multi Access”). Ao mesmo tempo, coexistiam algumas operadoras que usavam o padrão CDMA (“Code Division Multiple Access”). Todavia, por questões de interoperabilidade, o GSM foi se firmando como o padrão de maior uso e as operadoras que se serviam do CDMA migraram seus sistemas para o GSM. A questão é que os aparelhos CDMA não conectam redes que funcionem no padrão GSM. Logo, uma ação civil pública foi ajuizada para demandar que o usuário que não tivesse aparelho para tanto o recebesse gratuitamente da operadora.

Não será tratado o segundo caso, que não tinha em si mesmo o impacto que teve a primeira questão. Isso decorre do fato de que a maior parte dos usuários já havia mudado de aparelho, por conveniência pessoal, antes da mudança do sistema para aparelhos que funcionassem com o novo sistema. Afinal, a mudança na tecnologia foi paulatina e, assim, não prejudicou a maioria dos usuários do CDMA.

No caso dos telefones de cartão, o caso era diverso, em relação ao alcance. A objeção se centrava nas disposições sobre a modalidade de cobrança pré-paga, na prestação dos serviços móveis pessoais. A Resolução nº 316, de 2002, aprovou o Regulamento referente a este serviço e dispôs que os créditos possuem validade. Assim, se o consumidor não gastar o valor em ligações, perderia o dinheiro despendido com as compra daqueles créditos.

Art. 54. Nos Planos Pré-Pagos de Serviço o pagamento deve ser realizado antecipadamente, mediante a Inserção de Créditos pelo Usuário, que passa a poder utilizá-los em suas chamadas.

Art. 55. Os créditos podem estar sujeitos a prazo de validade.

§1º A prestadora pode oferecer créditos com qualquer prazo de validade desde que possibilite ao Usuário a aquisição de créditos, de valores razoáveis, com o prazo igual ou superior a 90 (noventa) dias.

§2º A Prestadora deve oferecer, no mínimo, em suas lojas próprias, créditos com validade de 90 (noventa) dias.

§3º Sempre que o Usuário inserir novos créditos a saldo existente, a prestadora deverá utilizar inicialmente os créditos com menor prazo de validade remanescente.

§4º Caso a prestadora não disponha de meios para assegurar o exercício do direito previsto no parágrafo anterior, deverá revalidar a totalidade do saldo de crédito resultante pelo maior prazo, entre o prazo dos novos créditos inseridos e o prazo restante do crédito anterior.

§5º A revalidação prevista no parágrafo anterior pode estar dissociada de promoções específicas dos créditos.

§6º O Usuário deve ter à sua disposição recurso que lhe possibilite a verificação, em tempo real, do crédito existente bem como do prazo de validade, de forma gratuita.

§7º O Usuário deve ser comunicado quando os créditos estiverem na iminência de acabar.

§8º Durante o prazo de validade dos créditos, a originação ou recebimento de chamadas que não importem em débitos para o Usuário não podem ser condicionados à existência de créditos ativos.

Art. 56. A suspensão parcial ou total da prestação do serviço obedece ao disposto neste artigo.

§1º Esgotado o prazo de validade, o serviço pode ser suspenso parcialmente, com bloqueio para chamadas originadas, bem como para o recebimento de Chamadas a Cobrar, permitido o recebimento de chamadas que não importem em débitos para o Usuário pelo prazo de, no mínimo, 30 (trinta) dias.

§2º Vencido o prazo previsto no parágrafo anterior, o serviço poderá ser suspenso totalmente, com o bloqueio para o recebimento de chamadas pelo prazo de, no mínimo, 30 (trinta) dias.

§3º Vencido o prazo previsto no parágrafo anterior, o contrato de prestação do SMP pode ser rescindido pela prestadora.

§4º Enquanto durarem os bloqueios previstos nos parágrafos anteriores, deve ser permitido ao Usuário originar chamada para a prestadora para ativar novos créditos, bem como para acessar serviços públicos de emergência previstos no art. 17.

Algumas associações de proteção aos consumidores consideram que esta regulamentação é abusiva e não amparada pelo Código de Defesa do Consumidor, já que este define que um serviço não-provido não pode ser sobrado. Ainda mais, as associações interpretavam como uma violação ao direito que a linha fosse desativada por falta de inserção de novos créditos, como está definido pelo art. 56, e parágrafos, do Regulamento aprovado pela Resolução nº 316, de 2002. A argumentação das entidades se torna mais enfática, tendo em vista que o próprio Regulamento menciona o Código de Defesa do Consumidor como norma garantidora de outros direitos, além dos indicados na norma da agência:

Art. 9º Os direitos e deveres previstos neste capítulo não excluem outros decorrentes da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, nos casos por ela regulados, nem aqueles previstos na regulamentação aplicável e nos contratos de prestação firmados com os Usuários do SMP.

Um dos magistrados entrevistados relata bem a questão, na visão do Judiciário de base. A validade dos créditos do serviço móvel pessoal seria abusiva, ao passo em que cotejada com as disposições do Código de Defesa do Consumidor:

Tenho uma posição firmada de que a fixação de um prazo de validade nos cartões de celular é absolutamente abusiva. Se eu compro o crédito, não há justa causa para limitar a utilização ou, ainda, para restringir aquele crédito num período especificado. Alegam as empresas que se a pessoa contratasse e não renovasse, isso acabaria por comprometer o próprio investimento da companhia. Reiteram que seria antieconômico para companhia não estabelecer um prazo. Mais uma vez, eu volto para a questão do risco da atividade e do proveito econômico. Não há demonstração clara de que aquilo inviabilizaria a prestação daquele serviço. É mais uma forma de

aumentar o ganho da empresa ao estabelecer o prazo para utilização do crédito. Isso é mais um abuso das empresas de telefonia móvel³⁷².

O raciocínio está relacionado com um entendimento basilar da lógica do direito do consumidor: só pode ser cobrado o usuário por aquilo que efetivamente consumiu. Existem ainda normas de proteção ao consumidor que buscam vedar a cobrança por consumo existente, mas que, todavia, não tenha sido efetivo, como a compra de um produto estragado ou de um serviço desconforme. Os dispositivos normativos utilizados foram o art. 46 e o art. 47, do CDC:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Assim, para a lógica jurídica – na sua ótica pautada pelo direito do consumidor – não há diferença entre o serviço de telefonia fixa comutada e o serviço móvel pessoal. São serviços ofertados por empresas, que são fruídos por consumidores, como relata o entrevistado:

Não deveria existir assinatura básica na [telefonia] fixa. É a mesma lógica em ação. Seja quando se estabelece a tarifa básica, seja quando existe uma limitação do crédito, no caso dos cartões de celulares. A solução justa para as duas questões é realmente se pagar um preço justo pelo serviço prestado; e não o estabelecimento de técnicas indiretas de aumentar o rendimento do setor de forma abusiva, como a assinatura básica e a limitação do crédito³⁷³.

De posse desta ordem de idéias, a luta judicial começou timidamente em 2002³⁷⁴ e 2003³⁷⁵. Isso faz sentido porque a matéria foi regulada naquele ano, de forma definitiva, pela ANATEL. É interessante analisar a inicial da Ação Civil Pública impetrada pela

372 HÉCTOR VALVERDE, magistrado do Distrito Federal, diretor da Associação Brasileira de Direitos do Consumidor (BRASILCON), entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 14.

373 HÉCTOR VALVERDE, magistrado do Distrito Federal, diretor da Associação Brasileira de Direitos do Consumidor (BRASILCON), entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 16.

374 Cf. <http://www.estadao.com.br/arquivo/economia/2002/not20020807p12031.htm>

375 Cf. <http://www.popular.inf.br/2003/prazo-no-celular-pre-pago-pode-ser-proibido-pela-anatel.html>

Procuradoria-Regional do Ministério Público Federal no Estado de Pernambuco³⁷⁶. A ação judicial foi intentada contra a Norma 03/98, que foi revogada pela Resolução de 2002. Todavia, para fins demonstrativos, a argumentação possui o mesmo supedâneo legal:

Se observado o item 2.4 da referida Norma percebe-se que os débitos só podem ser atribuídos ao usuário após a efetiva utilização do serviço, que se dá com o completamento da chamada. [...]

Paradoxalmente, entretanto, a regra se inverte quando o usuário, embora tenha comprado determinada quantidade de créditos, dela não faz uso em certo período de tempo. Vejamos o subitem 4.6.1 da mesma Norma: [...]

Ora, se os créditos, para serem subtraídos do usuário, precisam ser por ele efetivamente utilizados, não se pode conceber que sejam eles invalidados quando não usados. Contrariar tal lógica é simplesmente submeter o usuário a um emaranhado de normas que se contradizem e confundem seu principal destinatário: o consumidor.

Desta feita, se mostra inadmissível que o subitem 4.6.1, alínea c, da Norma nº 03/98 venha restringir o alcance do item 2.4 do mesmo dispositivo legal, o qual garante ao consumidor que os créditos por ele adquiridos só serão subtraídos se efetivamente utilizados.

Todavia, contanto não devesse existir, o conflito entre os dois preceitos legais (itens 2.4 e subitem 4.6.1, alínea c) subsiste e, pasmem, acaba sendo utilizado contra os interesses da parte mais frágil na relação de consumo, o consumidor usuário da telefonia móvel pré-paga, já que a ANATEL e empresas demandadas se amparam no subitem 4.6.1, alínea c, e 4.6.1.1 para justificar a existência de prazo de validade dos créditos adquiridos pelos usuários do Plano de Serviço Pré-pago.

É evidente que tal interpretação, com preferência para o subitem 4.6.1, não possui sustentáculo legal, indo de encontro aos artigos 46 e 47 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

A cadeia de argumentos é lógica. O mesmo Regulamento administrativo prevê que o consumidor só será cobrado após o uso efetivo dos serviços de telefonia móvel (2.4). Depois, a norma regulamentar indica que os créditos pagos e não utilizados terão validade e poderão ser perdidos (item 6.4.1). O Ministério Público Federal indicava uma antinomia entre duas normas da mesma hierarquia, previstas no próprio Regulamento. O segundo argumento é que a antinomia deve ser dirimida por duas bases: 1) no mesmo grau hierárquico, deve ter prevalência a norma mais favorável ao consumidor, retirando-se vigência à prejudicial; e 2) há que se atentar para a prevalência das normas legais do CDC, que são superiores do ponto de vista hierárquico à norma que fixaria validade dos créditos.

É claro que a defesa das empresas argumentou que os dois modos de tarifação são meios distintos de efetuar a contratação do mesmo serviço e, logo, poderiam coexistir, sem que existisse antinomia normativa. Ademais, que tal fixação tarifária seria competência da

³⁷⁶ Disponível: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Areas-de-Atuacao/Consumidor/Atividade-judicial/Anos-antiores/Telefonia-celular-movel-Sistema-Pre-pago-Creditos-adquiridos-Prazo-de-validade>

agência reguladora e teria amparo legal. Esta argumentação acabou tendo prevalência no Poder Judiciário, após o julgamento de questões similares pelo Superior Tribunal de Justiça. Ela ocorreu por meio de um Agravo Regimental interposto contra uma Medida Cautelar. Um dos processos está relacionado com uma ação civil pública, também ajuizada pelo Ministério Público Federal, cuja liminar foi deferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que abrange os Estados do Nordeste. O processo foi decidido pela Segunda Turma, tendo sido relatada pelo Ministro João Otávio de Noronha. Teve a seguinte Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. TELEFONIA MÓVEL. CRÉDITOS ATIVADOS EM CELULARES PRÉ-PAGOS. FIXAÇÃO DE PRAZO DE VALIDADE.

1. A ação cautelar destinada a agregar efeito suspensivo a recurso especial é medida de caráter restrito, só deferível quando cabalmente satisfeitos os requisitos dos arts. 798 e 799 do Estatuto Processual Civil, cabendo à parte demonstrar a real possibilidade de êxito do recurso interposto.
2. É da exclusiva competência das agências reguladoras estabelecerem as estruturas tarifárias que melhor se adéquem aos serviços de telefonia oferecidos. Ao intervir na relação jurídica para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, o Judiciário corre o risco de criar embaraços que podem não apenas comprometer a qualidade desses serviços mas, até mesmo, inviabilizar a sua prestação.
3. Evidenciados os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, há de ser deferida a tutela cautelar, de maneira a garantir o resultado útil do recurso especial interposto.
4. Agravo regimental não-provido³⁷⁷.

Neste acórdão, a Turma negou provimento ao Agravo Regimental interposto contra a decisão monocrática do próprio relator, que cassou a liminar concedida pelo Tribunal Regional Federal. No seu voto, a exposição é bastante evidente do ponto de vista judiciário sobre a questão. A TNL PCS S/A, braço deste serviço da Telemar (atual Oi S/A), havia sofrido o contratempo de ter uma liminar deferida pelo Tribunal Regional Federal, após a primeira instância não tê-la concedido. A Turma do STJ, na prática, cassou tal liminar, já que manteve a decisão monocrática do relator que assim o fez. Aliás, no voto do relator, Ministro João de Otávio Noronha, está copiada a decisão atacada:

Cuida-se de medida cautelar ajuizada por TNL PCS S.A. [Tele Norte Leste, nome oficial da Telemar S/A, depois modificado para Oi S/A] com o objetivo de suspender os efeitos de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, ao julgar agravo de instrumento interposto de decisão de primeiro grau indeferitória [sic] de pedido de tutela antecipada formulado pelo MP em ação civil pública, deu provimento ao recurso para vedar à requerente, prestadora de serviços de telefonia móvel, a fixação de prazo de validade para utilização de créditos ativados em

³⁷⁷ BRASIL: STJ. Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 10.915/RN, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 01 jun. 2006, publicado no Diário da Justiça em 14 ago. 2006, p. 258.

telefones celulares pré-pagos. Sustenta a requerente [TNL PCS S/A, ou TELEMAR S/A] que tal decisão, ao subverter o sistema de telefonia móvel pré-pago, tal como idealizado pela Anatel, pela alteração das regras indispensáveis à equação econômica dessa modalidade de serviço, torna economicamente inviável sua prestação, com prejuízos não apenas à prestadora; mas, sobretudo aos usuários do sistema, na sua maioria consumidores de baixa renda. [...]

No caso em exame, vislumbro, *prima facie*, a presença dos elementos autorizativos [sic] da tutela legal, porquanto entendo seja da exclusiva competência das agências reguladoras estabelecerem as estruturas tarifárias que melhor se adéquem aos serviços de telefonia oferecidos, sendo certo que, ao intervir na relação jurídica para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, o Judiciário corre o risco de criar embaraços que podem não apenas comprometer a qualidade desses serviços; mas, até mesmo, inviabilizar a sua prestação.

A propósito, já tive a oportunidade de salientar que a regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei nº 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia em prol do conjunto da população brasileira. Esse objetivo, entretanto, somente será atingido com uma política regulatória estável que privilegie a ação das agências reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo.

Ante o exposto, defiro a liminar para o fim de suspender os efeitos do acórdão impugnado até o derradeiro julgamento do recurso especial interposto nos autos. Cite-se o requerido. Oficie-se, dando ciência do inteiro teor da presente decisão, (a) ao ilustre Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e (b) ao Juízo Federal da 4ª Vara do Rio Grande do Norte.

Como se trata de uma medida cautelar, ela é um processo dependente do recurso especial, que demandará o julgamento de mérito. O processo principal, ainda está pendente de julgamento final, na mesma Turma, tendo havido distribuição para novo relator, o Ministro Mauro Campbell Marques, em 2008. Vale notar que as duas Turmas de Ministros, que julgam a matéria de Direito Público, no STJ, convergiram, já que existia acórdão anterior, no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA DE TELEFONIA PRÉ-PAGO. VALIDADE DOS CRÉDITOS. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. CONJUGAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE CONCESSÃO DA LIMINAR.

I - O agravante postula a reforma da decisão que indeferiu a liminar que buscava atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra o acórdão que viabilizou tutela antecipada para acabar com a prescrição dos créditos do sistema de celulares pré-pagos.

II - Entendo relevantes os argumentos lançados pelo requerente, pelo que se deduz que, para a execução do acórdão infirmado pelo recurso especial vinculado, far-se-ia necessária uma alteração no sistema técnico implantado, o qual implicaria em efetivo prejuízo para a parte em face mesmo da mudança no planejamento, que segundo o requerente implica em investimentos da ordem de R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) para os próximos dois anos.

III - Nesse diapasão, estaria mesmo caracterizada lesão irreparável para o requerente, tendo em vista que, in casu, o acórdão que ampara a tutela antecipada tem natureza provisória pendente de confirmação no juízo ordinário, sem falar dos recursos aplicáveis, e a reversibilidade da implantação de nova tecnologia para permitir a utilização dos créditos para período indeterminado importaria em maior prejuízo para a companhia requerente.

IV - Além da análise encimada observe-se ainda que os valores não auferidos pelo requerente dificilmente seriam recompostos em face da natureza do sistema pré-pago.

V - Agravo regimental provido³⁷⁸.

Os dois acórdãos se referem a situações similares. Eles são recursos especiais interpostos contra acórdãos de Tribunais que mantiveram liminares concedidas por juízes de primeira instância. Ao ter sido concedida a liminar, as empresas recorriam por meio de agravo de instrumento contra a liminar. Contra o acórdão de julgamento destes agravos foram interpostos dois recursos especiais, com base em que os Tribunais teriam dado interpretação equivocada à legislação federal. O Superior Tribunal de Justiça é que processa tal recurso. Se a base fosse constitucional, o mesmo seria direcionado ao Supremo Tribunal Federal.

Pode-se considerar que este tema foi pacificado no Superior Tribunal de Justiça. Desta forma, é crível indicar que a fixação de um prazo de validade aos créditos nos telefones celulares pré-pagos foi acatada judicialmente.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA CELULAR PRÉ-PAGO. CRÉDITOS ADQUIRIDOS MEDIANTE CARTÕES PRÉ-PAGOS. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA UTILIZAÇÃO. DIREITO CONSUMERISTA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 81 E 82, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 129, III, DA CF. LEI COMPLEMENTAR N.º 75/93. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

1. A regulação das atividades *pro populo* exercida pelas agências reguladoras, mediante normas secundárias, como, v.g., as Resoluções, são impositivas para as entidades atuantes no setor regulado.

[...] 3. A presunção de legitimidade desses atos equipara-se a de qualquer ato administrativo, por isso que, enquanto não revogados, produzem os seus efeitos.

[...] 5. É da exclusiva competência das agências reguladoras estabelecer as estruturas tarifárias que melhor se ajustem aos serviços de telefonia oferecidos pelas empresas concessionárias.

6. O Judiciário sob pena de criar embaraços que podem comprometer a qualidade dos serviços e, até mesmo, inviabilizar a sua prestação, não deve intervir para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, salvo em controle de constitucionalidade. Precedente do STJ: AgRg na MC 10915/RN, DJ 14.08.2006.

7. O ato normativo expedido por Agência Reguladora, criada com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produtor como principalmente para o consumidor/usuário, posto urgente não autoriza que os estabelecimentos regulados sofram danos e punições pelo cumprimento das regras maiores às quais se subsumem, mercê do exercício regular do direito, sendo certo, ainda, que a ausência de nulificação específica do ato da Agência afasta a intervenção do Poder Judiciário no segmento, sob pena de invasão na seara administrativa e violação da cláusula de

378 BRASIL: STJ. Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 10.443/PB, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 13 dez. 2005, publicado no Diário da Justiça de 06 mar. 2006, p. 158.

harmonia entre os poderes. Consectariamente, não há no cumprimento das regras regulamentares, violação *prima facie* dos deveres do consumidor.

[...]

19. Recurso Especial interposto pelo Ministério Público Federal e recursos adesivos apresentados por BCP S/A - INCORPORADORA DA TELET S/A e TIM CELULAR S.A desprovidos³⁷⁹.

O assunto era recorrente em termos de ações civis públicas. Todavia, o desfecho judiciário não foi pretendido. No entanto, a luta judicial reverberou em consequências, como indica a hipótese central deste trabalho. Mesmo que a vitória da interpretação dos consumidores não tenha sido exitosa, ela traz sempre possibilidades de avanço nas políticas públicas. Assim, a seara de disputa também se espalhou para o Congresso Nacional. Entrou-se em campo para modificar, então, as políticas públicas pela via legislativa. O Projeto de Lei nº 2.400 foi apresentado, em 2007, na Câmara pelo Deputado Federal Moreira Mendes (PPS-RO). O tema central era ampliar a validade dos créditos para dois anos. Não houve mudança legislativa. Contudo, a própria ANATEL já vinha estudando a possibilidade de ampliar o tempo de validade dos créditos dos celulares. Logo, foi alterado o Regulamento e foi ampliado o período mínimo de validade dos créditos de 03 (três) para 06 (seis) meses. Deve ser ressaltado que este problema não foi finalizado com a decisão da ANATEL. Mas, ao fim e ao cabo, um novo Regulamento – aprovado pela Resolução 316/2002 – absorveu diversas concepções do Código de Defesa do Consumidor e equilibrou a relação.

5.4 Considerações intermediárias: a inversão hierárquica e o problema central de dizer o direito

A título de consideração intermediária, vale referir a questão central relacionada com a interpretação do direito relacionado aos serviços de telecomunicações. A teoria clássica do Direito permite compreender as proposições jurídicas como parte de um sistema³⁸⁰. Essa

379 BRASIL: STJ. Recurso Especial nº 806.304/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02 dez. 2008, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 17 dez. 2008.

380 O trabalho clássico para entender esta perspectiva: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. Uma introdução didática ao problema pode ser conferida em: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7 ed. Brasília: Editora da UnB, 1996.

organização sistemática é que evita a ruptura do que será socialmente conhecido como direito em algo unitário e minimizará a arbitrariedade na definição de qual proposição possui prevalência em relação à determinada relação jurídica. Porém, somente o reconhecimento da sistematicidade não é suficiente para dirimir todos os problemas emergentes da definição da proposição prevalente. Isso ocorre porque dada a existência plural de proposições, é razoável localizar a existência de antinomias.

De modo simples, uma antinomia jurídica ocorre quando existem proposições divergentes sobre a mesma relação. No entanto, é pouco usual que as antinomias sejam diretas e explícitas. O normal é que elas sejam implícitas. Ainda, as divergências costumam advir da justaposição de campos de incidência normativa. Elas emergem com mais clareza nas zonas cinzentas entre subáreas. Uma nota evidente é que o incremento de importância das normas e princípios constitucionais introduziu uma nova força ao aparecimento de antinomias lógicas. Um exemplo singelo é a localização do princípio da isonomia como elemento de atribuição – ou, reconhecimento – de direitos subjetivos para determinado indivíduo. Se a Administração Pública precisa tratar todos de forma isonômica, determinado indivíduo que não possui acesso a um bem público, poderá reivindicá-lo judicialmente na forma de uma prestação social. A perseguição de um caro medicamento é um problema contemporâneo que tem surgido no Judiciário³⁸¹.

A área de telecomunicações não chegou ao mesmo ponto do setor de saúde porque a prestação dos serviços não se dá mais de forma direta pelo Estado. O Estado foi reduzido ao papel do regulador, não sendo provedor e regulador como no tempo de plenitude do Ministério das Comunicações e da TELEBRAS S/A. No entanto, a transição na forma da prestação foi realizada por meio de uma reordenação jurídica, que exigiu a formação de normas regulamentares para estruturar a base do que seria a relação entre os consumidores e as empresas prestadoras. Esta transição exigiu a redefinição do que seria a prestação dos serviços de telecomunicações, em termos de relação jurídica. Ocorre certa zona cinzenta: os referidos serviços de telecomunicações são prestações privadas – subsumidos integralmente à lógica do direito privado – ou eles se configuram como prestações privadas, em parte reguladas pelo direito público?

³⁸¹ Vale citar um trabalho de doutoramento sobre o tema, em andamento no IESP-UERJ: ASENSI, Felipe. Juridicização das relações sociais e Ministério Público: novas estratégias e desafios na efetivação do direito à saúde, Dissertação de Mestrado, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Orientadora Thamy Progrebinschi, Rio de Janeiro, 2008.

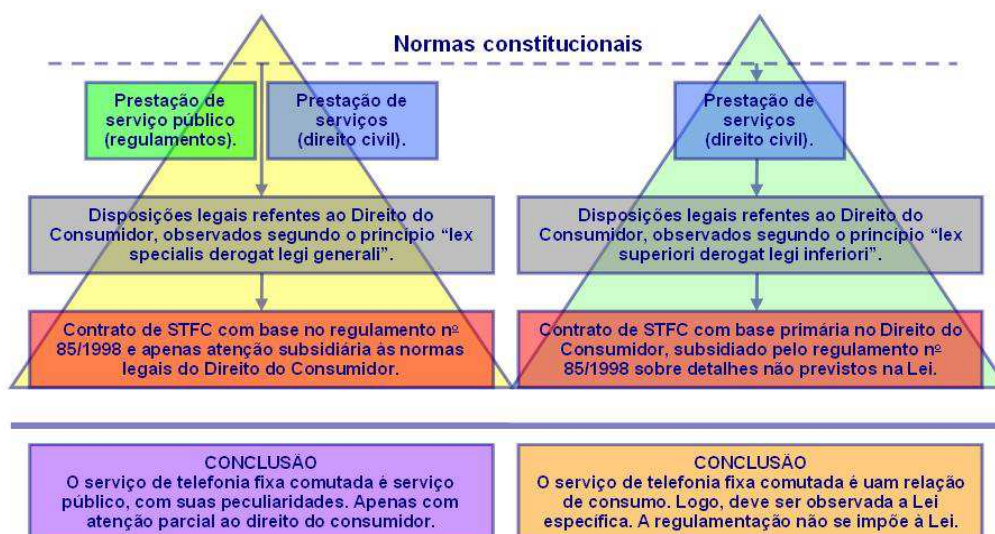
A questão é bem colocada na resposta de um dos entrevistados. Questionado se, em algum momento de sua função judiciária, havia localizado alguma empresa brandindo a tese acadêmica de que os serviços concedidos devem ser considerados como “serviços públicos”; logo, saindo do âmbito de proteção do CDC, como forma de defender a regulamentação da ANATEL, ele respondeu:

As empresas não defendem que prestam serviço público estrito, ou concedido. Logo, elas não tentam se valer de prerrogativas ou vantagens. Eu acho que, nesse ponto, pelo menos eles admitem. Mas, eles sempre vêm com a questão de que o que rege a espécie “dos serviços de telecomunicações” são os atos administrativos da ANATEL, e não o Código de Defesa do Consumidor. Inutilmente, porque não tem como se estabelecer a prioridade de uma resolução ou Portaria sobre uma Lei³⁸².

Essa relação dual entre normas referidas à proteção dos consumidores pode ser visualizada com clareza em se tomando os serviços de telefonia fixa comutada. Eles configuram o melhor exemplo, já que são serviços privados, prestados no denominado regime público, que gerou tanto debate quando do julgamento da ADIN, após as privatizações. É possível ver que estes serviços podem ser subsumidos em duas cadeias normativas para supressão das antinomias. As duas cadeias pressupõem o exercício de regras clássicas de interpretação do direito. A primeira – utilizada pelas empresas nos conflitos – se baseia na lógica de que as normas mais específicas têm observância precípua. A segunda – utilizada pelos consumidores – indica que as normas mais altas, do ponto de vista hierárquico, têm prevalência no caso de antinomias. A figura trazida abaixo demonstra as duas vias interpretativas.

382 HÉCTOR VALVERDE magistrado do Distrito Federal, diretor da Associação Brasileira de Direitos do Consumidor (BRASILCON), entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 19.

Figura 19 – Duas hierarquias para os serviços regulados de consumo



Fonte: formulação própria.

Na conclusão alaranjada: corrija de "uam" para "uma"

A existência de tal pressuposição é verificável pela análise do regulamento do serviço de telefonia fixa comutada, anexo da denominada Resolução 85/98, da ANATEL:

Art. 51. Aplicam-se ao contrato de prestação de STFC, no que couber, as regras do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 1990.

É evidente que a leitura do dispositivo, somente por si, não aclara o problema. O que está disposto no artigo acima referido é que o contrato de prestação de serviços do STFC será regrado por este Regulamento e, somente naquilo que não houver divergência, será aplicável o Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, o dispositivo, que é ambíguo, permite espaço para uma interpretação seletiva, tal como "Lex specialis derogat generali". Por tal solução interpretativa as regras especiais – do regulamento – teriam prevalência sobre as regras gerais – do Código de Defesa do Consumidor. Um dos entrevistados indicou que esta lógica estava incorporada na confecção da regulamentação:

Quando se iniciou o processo de implantação das agências reguladoras para atuar nos setores de infraestrutura é que apareceu a nossa falta de experiência e maturidade em regulação. Naquele momento, se acreditou que somente a regulação, por si só, bastaria. Inclusive a implantação inicial se deu com base na idéia de dissociação do ordenamento jurídico. Como se fosse algo à parte. No início da ANATEL, eu estava numa reunião gerencial, na qual fui fazer uma exposição sobre os projetos de lei que estavam em andamento no Congresso Nacional. No meio da exposição, um superintendente interrompeu e disse: "mas como isso é possível? Isso é competência legislativa da Anatel! O deputado não tem que falar sobre isso!" Percebe que não havia uma consciência de que a nossa atuação "legislativa", ou seja, de normatização, é subsidiária? Tanto é que a Constituição dispõe que o Congresso

poderá, a qualquer momento – quando exorbitarmos nossa competência – barrar as nossas normas regulamentares. Essa visão da normatização ficou, num momento inicial, dissociada do ordenamento jurídico como um todo. Como ela estava dissociada, as pessoas da ANATEL mesmo não foram preparadas para se relacionar com o Direito do Consumidor. Uma coisa interessante no setor de telecomunicações: quem fez a norma? Não foram os juristas. A atuação maior na construção de regulamentos foi feita por engenheiros. Não por juristas. Não tenho nada contra os engenheiros. Eles são extremamente competentes. Só que houve um pouco daquela noção de competência: “eu não entendo desse negócio de direito, mas eu que digo como é!”. Isso causou uma série de problemas ao ponto de termos nossa normatização inicial com disposições frontalmente contrárias ao Código de Defesa do Consumidor³⁸³.

O esquema acima explicado encontra amparo também nas falas de outros dos entrevistados. É curioso notar que a maior parte deles anui ao reconhecimento de descompasso entre as normas regulamentares da ANATEL e as prescrições do Código de Defesa do Consumidor:

É verdadeiro que existe um choque entre a regulamentação da ANATEL e o CDC. Há um descompasso interpretativo. Quando a Agência se propõe a regulamentar o setor – nós não sabemos as forças que interferem na posição do órgão –, ela sempre possui posicionamentos contrários e conflitantes com o Código de Defesa do Consumidor. Então, não raras vezes a empresa de telefonia chega com a tese amparada num ato normativo da ANATEL e, do outro lado, chega o consumidor com base no CDC. Logo, por questão hierárquica prevalece o CDC, como direito fundamental dos brasileiros de possuir seus direitos como consumidores, defendidos pelo Estado. Só que o Estado cumpre um papel inverso nesse setor. Eu penso que, nesse caso, a ANATEL precisaria ter um compromisso maior do Poder Executivo federal. Claro que existe a autonomia da autarquia, no sentido de proteger o consumidor. A questão é lógica: não existe um mercado forte se não houver um consumidor forte. A idéia de maltratar o consumidor e de cercear seus direitos pode parecer, num primeiro momento, uma vitória das empresas. Mas, na verdade, isso significa um enfraquecimento do mercado. O mercado é fraco porque não tem o consumidor forte. Logo, ele não permite que o setor se expanda mais³⁸⁴.

O mesmo entrevistado trouxe mais elementos ao debate, ao indicar que o ponto inicial da regulação é a confecção de regulamentos que estruturam a relação jurídica de prestação de serviços em conformidade com o marco legal. Logo, a função da Agência não seria policiar as relações jurídicas, individualmente. Porém, seria construir regras estáveis, claras e legalmente conformadas:

383 EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 nov. 2006. Ficha 155.

384 HÉCTOR VALVERDE, magistrado do Distrito Federal, diretor da Associação Brasileira de Direitos do Consumidor (BRASILCON), entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 11.

Se o consumidor não está sendo bem atendido pelo operador, seria errado que a Agência buscasse a solução diretamente na empresa. A ANATEL tem que atuar no coletivo. Identificar uma falha de regulação e obrigar o operador a cumprir a determinação. Uma coisa interessante que hoje não mais acontece. Inicialmente os nossos regulamentos não guardavam simetria com o Código de Defesa do Consumidor. Nós tínhamos disposições do nosso regulamento que eram frontalmente contra o Código de Defesa do Consumidor. Isso era um absurdo!³⁸⁵

Outra entrevistada também indica o mesmo problema:

Esse uso da regulamentação contra as disposições legais do CDC ocorre com uma frequência enorme. A ANATEL não tem como prioridade o usuário. Por isso, a regulamentação fica conflitante com o CDC. Se ela tivesse o interesse de defender o usuário, seria modificada a regulamentação. Vejamos um exemplo. A Agência aprovou uma regulamentação, no ano passado, que remetia ao Código de Defesa do Consumidor, reiterando que não pode haver mudança unilateral do contrato. Isto já está previsto há muito tempo no CDC. Mas, as operadoras defendiam que esse dispositivo do CDC não se aplicava a elas. As empresas se fundamentam nas resoluções da ANATEL. Eles esquecem que existe o CDC para fazer toda a fundamentação preliminar da regulamentação. Ora, a ANATEL poderia ter tido esse cuidado prévio. O CDC existia antes e ele é realmente eficaz. É um exemplo de lei que deu certo. Se a ANATEL tivesse essa preocupação com o CDC, ela não teria feito regulamentos que incluíssem somente as questões das empresas. Voltando ao exemplo. Quer dizer que as operadoras podem mudar unilateralmente o contrato baseados numa Resolução? Claro que não! Elas “esquecem” que há uma lei de ordem pública que se sobrepõe à relação jurídica? Eu lembro quando houve a mudança do SMC [Serviço Móvel Celular] para o SMP [Serviço Móvel Pessoal]. Naquela época, foram gerados vários problemas em questão dessa modificação da regulamentação. Justamente pelo fato do usuário não ser prioridade para a ANATEL³⁸⁶.

É evidente que o marco regulamentar construído no passado ignorou o Código de Defesa do Consumidor, como foi indicado em capítulos anteriores. Este movimento não se deu de forma simples. Havia um movimento na doutrina jurídica que defendia esta cisão, realizada na prática pelos técnicos das agências reguladoras. O processo deu origem a uma massa de reivindicação que desaguou no Poder Judiciário e, após ondas e ondas de maciça litigância, a agência tem reorientado seus regulamentos e suas ações para adequar o setor ao marco legal. Um conselheiro assevera que tal situação – apartamento entre os regulamentos da ANATEL e o marco legal dos direitos dos consumidores – não mais ocorre:

³⁸⁵ EDVALDO MIRON DA SILVA, servidor da ANATEL, Entrevista, Brasília, 17 de novembro 2006. Ficha 147.

³⁸⁶ ANA PAULA CAMARGOS, advogada e servidora do PROCON-DF, entrevista, Brasília, 20 de outubro 2006.

Não há um descompasso dos regulamentos da Agência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. Muito pelo contrário. De muito tempo para cá – por volta de 2002 ou 2003 – a ANATEL está fazendo valer o Código de Defesa do Consumidor. Inclusive a devolução em dobro, conforme se prevê na Lei. Os nossos regulamentos do STFC, de SMP e de TV por assinatura já incorporaram dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. Então, nós estamos trabalhando juntamente com os órgãos de defesa do consumidor. O Regulamento Interno da Agência, aprovado pelo Decreto Presidencial n. 2.338, já falava sobre essa interação da ANATEL com os órgãos de defesa do consumidor, ou seja, com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Eu vou te mostrar aqui [abre uma cópia da Lei]. Vejamos aqui no artigo 19: “a agência articulará sua atuação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto 2.181 de 20 de março de 1987, visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações”. Então, hoje, nós temos uma articulação muito importante com os órgãos de defesa do consumidor³⁸⁷.

Entretanto, no âmbito da massa de litígios de consumo que trafega no Poder Judiciário, em especial nos juizados especiais cíveis, é patente a existência da assimetria entre os regulamentos e as disposições legais do Código de Defesa do Consumidor. Isto foi explicitado por uma magistrada de juizado, que lida diariamente com o problema:

As empresas reguladas defendem que os regulamentos das agências são a lei máxima. Ora, para os magistrados não é assim! Aquilo é uma Resolução. Logo, ela entra na hierarquia das normas jurídicas. Como? Normas constitucionais, lei ordinária, no caso federal e só depois é que vêm as Resoluções como normas jurídicas. As resoluções têm que se adequar às leis. Não o contrário! Se eu tenho uma resolução, essa não pode contrariar a lei. Porém, a lei tem muitas lacunas e a resolução é mais específica. Então muitas vezes, a lei é aberta – para não mencionar quando ela é lacunosa – ou genérica, a passo em a resolução é concreta. Nesses casos, eu busco na Resolução uma solução, mas desde que aquilo detalhado nela não seja contrário à lei. Porque se for contrário, eu abandono a Resolução. A lei é a lei, ora! Ela foi editada pelo Poder Legislativo, sancionada pelo Executivo, na forma prevista pela Constituição! Dessa forma, eu não posso me fixar numa Resolução contra a Lei. Os advogados das empresas sabem as resoluções das agências de cabeça. Às vezes com base na contestação, eu vou à resolução para confirmar se aquilo realmente está lá. É normal que as partes citem somente o dispositivo artigo que lhes interessa, sem mencionar o de cima e o de baixo, que traz exceções à regra. Nessas vezes, eu vou, olho na própria Resolução e vejo que não é bem assim o que eles dizem. Muitas vezes, o que está na contestação não está nem na Resolução, nem na lei, sendo contrário aos princípios do consumidor³⁸⁸.

É evidente que a consternação da magistrada tem fundamento. O raciocínio demonstrado é claro e está em conformidade com o que é realizado, de forma cotidiana, na

387 ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 59.

388 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, entrevista, São Gonçalo.

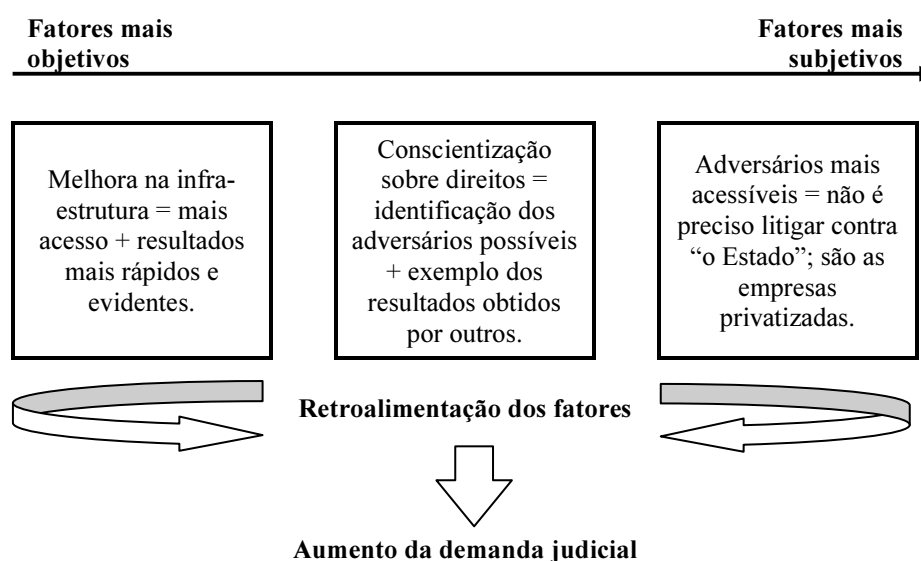
área jurídica. A utilização da regra da especialidade é subsidiária ao uso da regra de interpretação baseada na hierarquia normativa. Desta forma, pode-se concluir com a indicação de que o método de construção dos regulamentos deu azo à pretensão de prioridade da regulamentação administrativa em detrimento das disposições legais; e, assim, facilitou a explosão de litigância que se refletiu no Poder Judiciário. Tal ocorreu tanto na justiça comum, quanto nos juizados especiais. O caso desta última visa judicial será analisado no próximo capítulo, juntamente com o estudo de um empreendimento de solução extrajudicial de conflitos denominado Expressinho.

6 AS DISPUTAS DE MASSA, O IMPASSE E A TENTATIVA DE DESFORMALIZAÇÃO DOS LITÍGIOS

É notório que as privatizações colocaram as novas empresas concessionárias em um distinto patamar simbólico. Aos olhos do cidadão comum, não se tratava mais de processar o Estado para demandar o funcionamento de telefone, de energia elétrica ou etc. Era o caso de demandar a prestação de um serviço prestado por uma empresa privada que, inevitavelmente, tinha a perseguição do lucro no seu horizonte. Um fator parcialmente subjetivo foi a própria conscientização dos direitos. Todavia, tal fator possui uma parcela de objetividade, que está relacionada aos resultados positivos que poderão ser obtidos, seja por experiência própria, seja por exemplos, como mencionado no capítulo anterior.

Porém, a massa de litigância judicial não decorre somente de símbolos e subjetividades. Ela deriva de uma alteração na arquitetura institucional do país, que é fortemente imbricada com o acesso à justiça. A expansão do Poder Judiciário é nítida. O aumento da sua infra-estrutura, seja nos Estados, seja na Justiça Federal, é evidente. O modelo abaixo demonstra a relação entre os fatores objetivos e subjetivos da expansão das demandas.

Figura 20 – Um modelo para expansão judicial contra as indústrias reguladas



Fonte: formulação própria.

Uma das faces mais evidentes deste fenômeno é o aumento exponencial da oferta dos juizados especiais estaduais, bem como da criação dos juizados especiais federais, para processar as querelas com pequenos valores nas quais esteja envolvida a União. A construção do sistema de juizados especiais federais é uma derivação da experiência havida com os juizados estaduais. Essa abertura foi mencionada por um dos entrevistados como algo positivo:

Essa judicialização é uma questão importante. O que o Judiciário veio trazer para a vida social foram os juizados especiais, ou seja, o caráter de desburocratização do Judiciário, de facilitação de acesso, gerou, por um lado, um exercício de justiça do brasileiro. Afinal, abriu-se a possibilidade de poder ir à Justiça sem um advogado e pleitear seus direitos. Ter um conciliador para resolver o problema. Isso incentivou toda uma onda de conscientização de direito, como vários convênios com as universidades e estágios³⁸⁹.

Assim, torna-se claro que os juizados especiais serviram para abrir uma porta aos litígios que, usualmente, não alcançariam a máquina judiciária. Uma boa parcela destas disputas é relacionada aos direitos dos consumidores. Desta fatia, uma parte larga é derivada dos conflitos contra empresas reguladas. Se a porta se abriu, depois houve um estreitamento da passagem. É certo que os sistemas estaduais dos juizados especiais encontram-se congestionados com demandas relacionadas às telecomunicações e outras indústrias de rede, como a distribuição de energia elétrica e gás.

6.1 O congestionamento do sistema de juizados especiais

Os juizados especiais cíveis têm se mostrado como um espaço inevitável para o acesso à justiça. Mas também tem sido importante local de confrontação de interesses, a princípio de pequeno valor, mas que tomam bastante relevância quando dimensionados em escala. Assim, diversas ações judiciais nos juizados têm tido impacto não só na mudança de conduta das empresas acionadas, como também podem ter tido conseqüência no segmento econômico em geral (por exemplo, telecomunicações). O fenômeno de que empresas que não são acionadas

³⁸⁹ ALEXANDRE JOBIM, advogado do setor e membro do Conselho Consultivo da ANATEL, entrevista, Brasília, 18 out. 2006. Ficha 109.

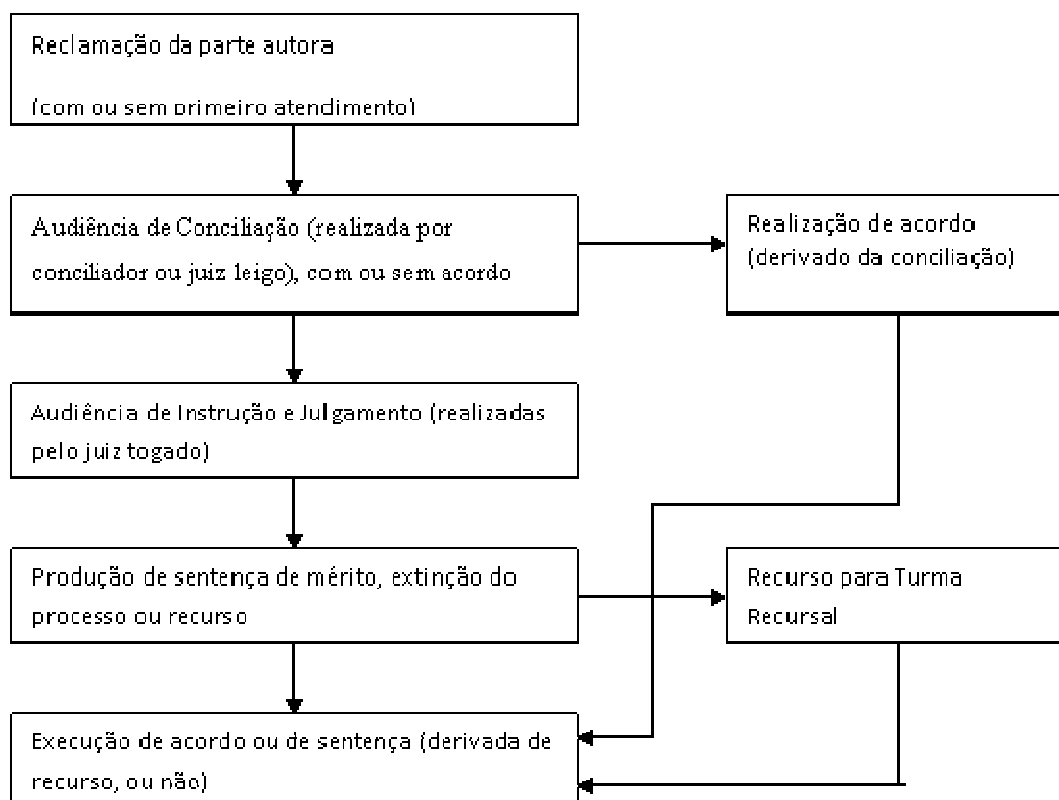
podem levar em conta as decisões dos tribunais em sua definição de políticas de mercado é conhecido na literatura internacional como deterrence (“deterrence”). Ele é típico da regulação econômica, que – como outras características daquela lógica de controle – vem sendo absorvido nos efeitos sociais da regulação. Neste sentido, se confirmada a deterrence, tem-se uma justificativa objetiva para afirmar que os tribunais são – cada vez mais – um ponto importante para definição de políticas públicas nos diversos setores que são cotidianamente atacados nos juizados.

A esfera dos juizados especiais tem origem nos antigos tribunais de pequenas causas e na pioneira experiência dos magistrados gaúchos, organizados na AJURIS³⁹⁰. Tal experiência ganhou força com a adesão do Poder Executivo federal em uma investida no sentido de construir iniciativas de desburocratização do Poder Judiciário em nível nacional. Tal mudança foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, apesar das críticas que existiam no âmbito da classe dos advogados. Com a edição da Lei n. 9.099, de 26 set. 1995, o sistema dos juizados foi reorientado e expandido em suas competências e capacidade. Além da possibilidade normativa, cabe ressaltar que os diversos tribunais estaduais se envolveram em políticas de expansão dos seus sistemas de juizados. Com isso, comprovou-se algo que, embrionariamente, existia no projeto pioneiro da AJURIS: foram trazidas questões, para decisão pelos magistrados, que antes eram pouco demandadas. Destas áreas, uma das de maior expressão foi a dos direitos dos consumidores.

As ações nos juizados especiais possuem um fluxo simplificado, com poucos recursos processuais para as partes. O regime de provas também é simplificado, visando atender a perspectiva de celeridade que deveria marcar a resolução destes conflitos. Ainda, os pedidos são limitados em razão dos valores estipulados para as causas, não devendo ultrapassar a ordem de 20 (vinte) salários mínimos. O fluxo processual obedece ao seguinte rito:

390 WERNECK VIANNA, Luiz; REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Figura 21 – Fluxo processual da Lei n. 9.099, de 26 set. 1995



Fonte: BRASIL: Ministério da Justiça. **Diagnóstico dos juizados especiais cíveis**. Brasília; Ministério da Justiça / CEBEPEJ, 2006, p. 27-45.

O movimento processual no âmbito dos juizados especiais do Estado do Rio de Janeiro é claro no sentido de apontar que o setor de telecomunicações é o maior litigante – no pólo passivo – dentre as diversas áreas de provimento de bens e serviços. O quadro abaixo sintetiza informações coletadas pela Corregedoria-Geral de Justiça sobre o movimento dos Juizados Especiais. O número de ações distribuídas é muito grande e apresenta pequeno crescimento vegetativo nos três anos de análise.

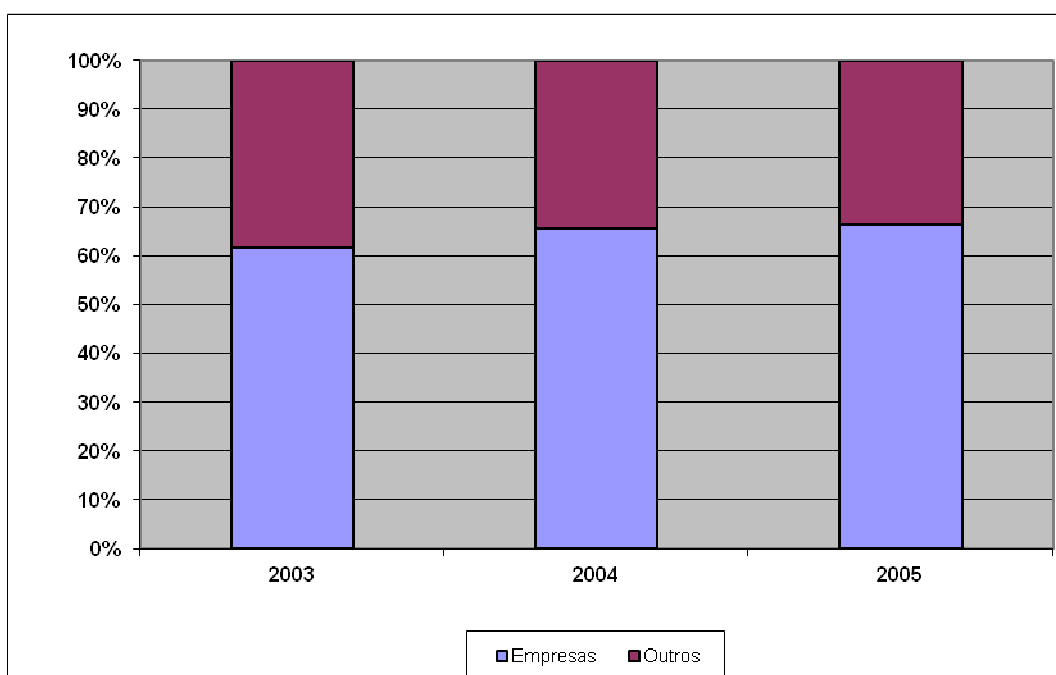
Quadro 39 – Participação das empresas nos JEC, por segmento econômico

	2003	2004	2005
Empresas de serviços de telecomunicações	84168	90174	98626
Empresas de serviços de valor adicionado / infra-estrutura	5132	4983	5803
Empresas de outros serviços públicos	39747	39818	41199
Empresas de seguros (saúde e em geral)	6223	8272	7843
Empresas bancárias e financeiras	45068	55229	55763
Empresas de transporte aéreo e rodoviário	1181	1334	1610
Empresas educacionais	789	632	529
Empresas de comunicação social	5775	4890	3578
Empresas de consórcios	603	200	139
Empresas de comércio de bens e serviços em geral	13557	14987	22284
Subtotal	202243	220519	237374
Outros adversários	125574	115794	120667
Total de processos distribuídos	327817	336313	358041

Fonte: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 25 jan. 2006. Adaptado.

Dentre o movimento processual dos juizados especiais, dispersos nas suas diversas regiões do Estado do Rio de Janeiro, as empresas ocuparam sempre mais de 60% das figurações no pólo passivo. Há uma pequena tendência de incremento desta participação, enquanto a categoria “outros” apresenta certa estabilidade.

Figura 22 – Percentual de participação das empresas nos JEC



Fonte: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 25 jan. 2006. Adaptado.

Os processos distribuídos foram agregados em dez setores de atividades empresariais, tomando como base o nome da parte acionada (pólo passivo da ação judicial). O primeiro setor é o de serviços de telecomunicações. Nesta atividade estão incluídas empresas como Telemar e Vésper, prestadoras de serviços de telefonia fixa comutada, bem como as operadoras de serviços móveis pessoais (telefonia celular e “trunking”) e de longa distância (Embratel e Intelig). Este é o setor mais expressivo dentre o movimento processual dos juizados especiais.

O segundo setor é o referente aos serviços de valor adicionado e de infra-estrutura. Estão incluídas as empresas que fornecem equipamentos, como telefones celulares (Ericsson, Nokia, Gradiente, etc), bem como fornecedores de TV por assinatura (Net, Direct TV e Sky) e assistências técnicas de serviços de PABX (mesa telefônica). Ele pode ser considerado como um setor conexo ao primeiro porque estes serviços ou bens são regulados pela Agência. No caso dos bens (telefones, por exemplo), eles passam por avaliação técnica (certificação) da ANATEL, a exemplo do que ocorre em outros países.

O terceiro grupo inclui outras concessionárias de serviços públicos. Ele engloba as empresas de distribuição de luz e força (Light e Ampla), gás (CEG) e água (CEDAE, Águas de Niterói, PROLAGOS, etc.). Ainda, inclui as concessionárias de rodovias privatizadas. Estes três primeiros grupos englobam tanto os serviços públicos concedidos por meio de outorgas, quanto algumas atividades empresariais que lhes são conexas.

Depois, temos o quarto e o quinto grupo, que agregam, respectivamente, empresas de seguros e instituições financeiras e bancárias. As duas atividades são muito próximas. É interessante ressaltar que as empresas de seguro saúde constituem apenas uma pequena parte do movimento processual contra as instituições financeiras. Talvez isto decorra do fato dos seguros de saúde-suplementar possuírem uma pequena difusão se comparada com os serviços públicos de caráter universal.

As empresas transportadoras constituem o sexto grupo. Ele agrega tanto as empresas aéreas, quanto as empresas de ônibus.

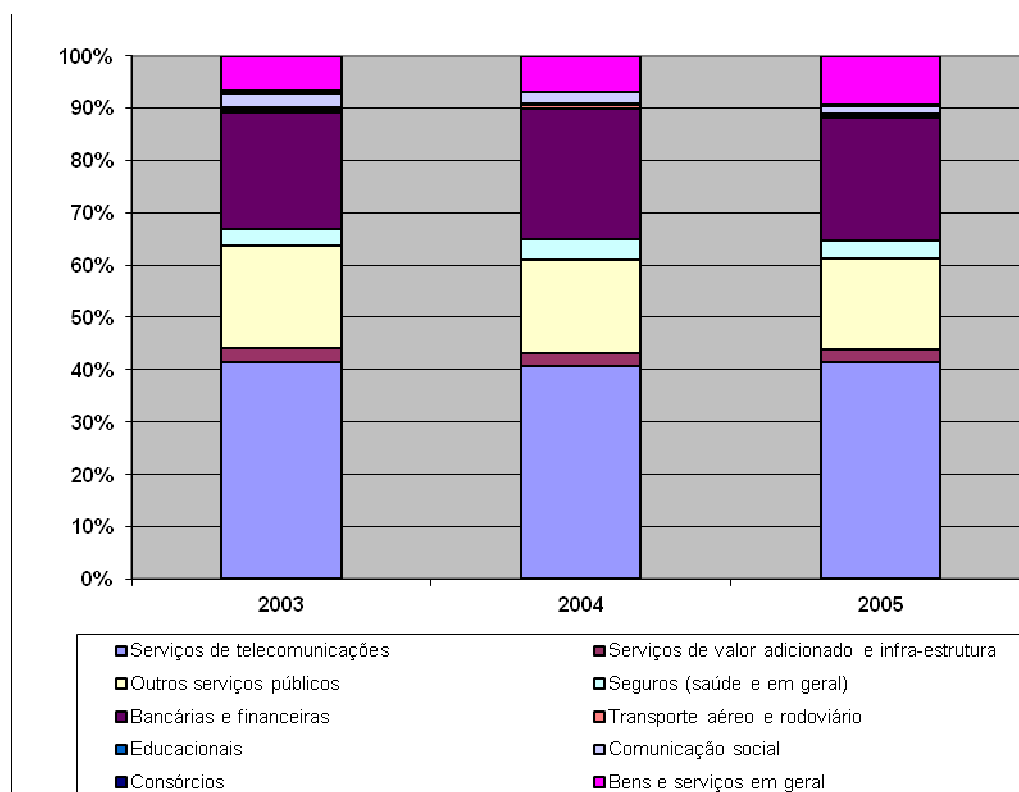
O sétimo grupo é constituído de empresas educacionais como a Universidade Estácio de Sá, Universidade Salgado de Oliveira e os cursos de informática da SOS Computadores.

No oitavo grupo estão alocadas as empresas de comunicação social como revistas e jornais. Ressaltamos que o provimento de conteúdo televisivo foi incluído no segundo setor. Ainda, o nono grupo inclui os consórcios. Eles poderiam ter sido incluídos junto ao grupo de instituições financeiras. Mas acreditamos que tal agregação perderia o sentido específico desta atividade comercial.

Por fim, o décimo grupo inclui as empresas de comércio de bens e serviços em geral. Há um problema de classificação que pode gerar algumas distorções nos grupos de instituições financeiras, consórcios e de comércio em geral. É razoável supor que parte das ações dirigidas ao comércio em geral tenha base nos contratos de crédito com as grandes lojas (Casas Bahia, Renner, C&A, etc). Neste sentido, estas ações deveriam estar no quinto grupo. Entretanto, é impossível detectar qual a natureza da demanda pela análise que foi realizada dos dados. Tal classificação – sem dúvida mais criteriosa – envolveria a reavaliação de cerca de um milhão de petições iniciais, distribuídas ao longo destes três anos.

O movimento processual no âmbito dos juizados especiais do Estado do Rio de Janeiro é claro no sentido de apontar que o setor de telecomunicações é o maior litigante – no pólo passivo – dentre as diversas áreas de provimento de bens e serviços. Infelizmente, não há como determinar quais foram os principais tipos de reclamações, no âmbito das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações pelo movimento processual dos juizados especiais.

Figura 23 – Representação da participação nos JEC, por segmento



Fonte: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 25 jan. 2006. Adaptado.

Deve ser ressaltado que, das dez empresas com maior número de reclamações, o Grupo Telemar S/A comparece com três companhias: Telemar, Oi e Velox. De acordo com matéria jornalística, a empresa justificou que o número de reclamações da coluna “Defesa do Consumidor” responde por 0,016% de sua base de clientes³⁹¹. A mesma argumentação é trazida por um conselheiro da ANATEL, que minimiza a questão:

É verdade que há um elevado número de demandas. Embora, se você botar em termos proporcionais, ou seja, número de assinantes, que é de 39 milhões, o número não é tão expressivo. Mas em comparação com outros serviços, você realmente tem um número absoluto elevado. Isso começou porque os juizados especiais começaram a receber ações judiciais relativas à discriminação de pulsos em conta, bem como contra a assinatura básica. Foi isso que entupiu o Poder Judiciário. Os PROCON também vão à esteira disso. Mas esse número tem diminuído um pouco porque o Judiciário já decidiu que, no caso da discriminação de pulso, a Agência estava certa, tendo o mesmo ocorrido com a assinatura básica, em discussão que culminou numa Súmula do STJ³⁹².

Note-se que os problemas são bastante usuais e mesmo os analistas do setor de telecomunicações se irritam e trazem casos pessoais de problemas que experimentaram com as operadoras, quando inquiridos. Como indicou um dos entrevistados:

Veja, é um pepino! É uma questão pessoal. A minha mulher não consegue entregar um telefone da VIVO. Todo mês está chegando a conta. Eles não fazem o cancelamento. Não é à toa que os juizados estão entupidos. Os problemas são reais e objetivos. Eles existem porque o setor está mal parado.
[...] Muito provavelmente só se troca de celular para ganhar aparelho novo. Até porque ninguém consegue entender os planos de tarifas. A minha mulher trocou para a TIM e me disse: ‘eu não consigo mais entender esse plano’³⁹³.

Outro entrevistado relatou a dificuldade de cancelamento de linhas. A estória, apesar de longa, é didática e elucidativa:

Eu fiquei impressionado quando eu fui cancelar uma linha de celular. [...]Tinha opção para tudo no sistema do “call center”. Só não tinha opção nenhuma se você quisesse cancelar! Não existia. [...] Pressionei para falar com o operador. Fui atendido e disse: “eu quero cancelar”. Claro que o cara respondeu: “para cancelar, eu tenho que te transferir para a agência tal; você liga para o número tal”. Você ligava e

391 IRRITAÇÃO AINDA, p. 26.

392 ANTONIO BEDRAN, antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, Entrevista, Brasília, 20 out. 2006. Ficha 59.

393 MURILO CÉSAR RAMOS, pesquisador do setor de telecomunicações (UnB) e coordenador na formação do corpo técnico da ANATEL, entrevista, Brasília, 15 out. 2006. Ficha 125.

caía de novo nas opções iniciais. Pois bem, eu só consegui cancelar mediante uma carta, que enviei por meio de um fax! Redigi forte: “quero dar como o termo a data de hoje; quero que me comuniquem a aceitação do cancelamento, etc.”. Aí, me ligou uma pessoa ao celular: “pois não, qual é o motivo do cancelamento?” [...]. O cara respondeu: “tudo bem, está cancelado; o senhor ainda vai receber uma conta; o senhor paga essa, não tem problema, proporcional; e uma eventual que possa vir depois”. Eu paguei e recebi uma carta de que a conta estava cancelada. Dois anos depois... [...]. Eu queria fazer um telefone na TIM. Cheguei à loja e já era cliente corporativo da TIM. O telefone da minha esposa estava em meu nome, há três ou quatro anos, no débito automático. Tudo certinho. [...]. Mas queria habilitar outro para mim, porque queria abandonar o corporativo. [...]. O atendente respondeu: “o senhor não pode habilitar porque tem uma restrição no seu cadastro”. Fiquei surpreso: “qual a restrição?”. Poderia ser de pagamento. Mas eu verifiquei o meu débito automático e não tinha absolutamente nada. Eu fiquei duas horas na loja. [...]. Nessa busca, chegamos ao nome da restrição. Mas não sabiam exatamente o que era. Eles não tinham o controle. Eu fiquei cansado daquilo: “é o seguinte, eu tenho aqui o CDC; eu quero que você me ateste aqui; você é obrigado a dizer as razões pelas quais eu não posso completar a operação”. Ora, se eu tinha uma restrição, eu queria que ele me escrevesse num papel. Só isso. O atendente: “eu não posso”. Eu respondi: “o senhor sabe que está descumprindo a lei?”. O cara: “mas eu não posso; eu não tenho autorização de fazer isso”. [...]. Depois de muito, muito tempo, depois que o cara viu que eu ia engrossar... Eu falei que havia perdido a sessão de cinema e que ia ficar lá até resolver. [...]. Pois bem. Depois de muito tempo, consegui descobrir que meu nome estava no SPC, ou na SERASA. Obviamente que foi a outra empresa. Ela dizia que eu tinha um débito de oito reais! Oito reais! Há um ano e meio! Um ano e meio! Eu sequer recebi a conta. Eu perguntei se isso lá era motivo [...]. Eu já era cliente da TIM. Pagava contas, sem atraso [...]. Mas cansei e compreendi que ele tinha razão. Liguei para a VIVO reclamando de não ter recebido nenhuma conta. Sabe o que me responderam? Disseram: “mas é que abaixo de dez reais, a gente não manda conta mesmo”³⁹⁴.

O mais curioso do relato é que a solução ao problema não veio por um canal contumaz de atendimento ao consumidor. Ela foi propiciada pela relação pessoal do entrevistado com um diretor da empresa:

Eu poderia ter entrado com uma ação de danos morais. Mas eu ia perder meu tempo, em relação ao que poderia ganhar. Talvez até devesse tê-lo feito porque seria um exercício de cidadania. Seria judicializar esse problema. Mas você faz a conta na cabeça e vê que não vale a pena. Perguntei o que tinha que fazer. O cara respondeu que eu tinha que fazer um depósito identificado, para que pudesse entrar a informação no computador. Eu perguntei: “quanto tempo para sair o meu nome do sistema. O cara disse que em 48 horas depois de processado o pagamento. Eu esperei uma semana e voltei na loja da TIM. Aconteceu tudo isso e... Continuava a restrição! Eu desisti! Disse: “bom; não vou nem discutir com vocês, porque eu já sei o que é”. Já estava cansado disso tudo. Apelei! Liguei para um amigo que era diretor da TIM. Falei: “eu estou a um mês querendo assinar outro telefone e não consigo assinar”. Eu queria da mesma companhia, para ser mais barato, nas ligações entre o

³⁹⁴ ALEXANDRE JOBIM, advogado do setor e membro do Conselho Consultivo da ANATEL, entrevista, Brasília, 18 out. 2006. Ficha 258.

meu número e o da minha esposa. Eles mandaram um consultor e em 24 horas estava com telefone³⁹⁵.

Da leitura dos dados acima, fica evidente que os problemas relacionados com os direitos dos consumidores existem. Ainda, que existe um sistema de resolução para estes conflitos, que é o Poder Judiciário. A conjunção de ambos gerou o que veio a ser convencionado como o congestionamento dos sistemas estaduais de juizados especiais. No caso do Rio de Janeiro, foi construída uma solução quase-judicial, para lidar com a prevalência das lides sobre consumo de serviços públicos: o Projeto Expressinho. Trata-se de uma tentativa de realização de conciliações prévias ao processo judicial no juizado especial cível. Ele abrange, por meio de convênios, além do Tribunal, duas empresas concessionárias: a Telemar S/A e a Ampla S/A. O alcance da iniciativa é inexpressivo, em termos quantitativos, se comparado com o movimento processual contra as duas empresas. Deste modo, considerando que, no ano de 2005, as ações nos juizados contra a Telemar totalizaram 57.437 processos, podemos estimar que os dois últimos meses do ano teriam 2/12 desta quantidade, ou seja, 9.572 processos. O referido projeto, nos dois últimos meses de 2005, atendeu 1.422 casos, o que equivale a mais ou menos 15% do movimento processual. Mas, talvez, tenha sentido do ponto de vista qualitativo, ou seja, como um projeto piloto para os problemas do setor.

Quadro 40 – Dados do Projeto Expressinho

Núcleos de atendimento	Atendimentos	Com acordo	Sem acordo ou com remarcação
Alcântara	119	61 %	39 %
Capital	673	59,5 %	40,5 %
Cpo. Grande	54	72 %	28 %
Catete	70	94,5 %	5,5 %
Freguesia	259	46,5 %	53,5 %
Niterói	181	69 %	31 %
S. J. Meriti	66	61,5 %	38,5 %
	1.422	---	

Fonte: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 25 jan. 2006. Adaptado.

Apesar da pouca efetividade atual do Projeto Expressinho, em termos da litigiosidade geral, podemos mencionar que ele demonstra claramente a importância que os serviços de

395 Idem. Ficha 258.

telecomunicações têm em termos sociais. O alcance destas empresas se prolonga por todos os setores econômicos, bem como toda a vida cotidiana das pessoas. Apor falta de outros mecanismos de proteção efetiva aos consumidores, entretanto, eles vêm, cada vez mais, ocupando as pautas de julgamentos dos tribunais estaduais e federais.

É possível construir inovações jurídicas, para ampliar a celeridade, em meio a instituições fortemente formalizadas? A resposta positiva a esta questão certamente fez parte da concepção de construção dos juizados especiais cíveis, desde seus primeiros passos, na forma da tentativa de melhora substantiva da prestação jurisdicional por parte dos juizes do Rio Grande do Sul³⁹⁶. Após este passo inicial, a proposta de formação de uma jurisdição especificamente célere, para atender a explosão de demanda judiciária no país, levou a formação de um marco processual específico. As leis instituidoras do juizado de pequenas causas e, depois, dos juizados especiais cíveis, continha a marca propositiva de um movimento geral nos países ocidentais em prol da informalização do Poder Judiciário. O informal, neste caso, é tomado em contraste com o formal que, na seara jurídica, está ligado ao conceito de processo, como conjunto de ritos necessário, previstos constitucionalmente e/ou legalmente, para resolução dos litígios. De certa maneira, a informalização refere a busca de ritos mais adequados à substância dos conflitos cuja solução é submetida ao Judiciário. Por tal prisma é possível entender a sua relação com uma justiça substantiva ou com o conceito de justiça responsiva, do modo que é explicado por Nonet e Selznick³⁹⁷.

Todavia, os estudos científicos posteriores – sobre o funcionamento efetivo dos juizados, para além das estatísticas – começaram a demonstrar que aquela construção estava sendo re-formalizada pelos atores sociais no uso cotidiano dos juizados. A dissertação de Angela Moreira-Leite deslinda esta questão com bastante proficiência, ao demonstrar que a cultura jurídica nacional está fortemente calcada em pressuposições e ritualizações processuais³⁹⁸. É difícil para um magistrado escapar de sua formação, assim como ocorre ao

396 Para uma análise desta história, cf. WERNECK VIANNA, Luiz; REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Veja também: JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. Revista Estudos Históricos, n. 18, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1996, p. 01-15.

397 NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Law and society in transition: towards responsive law**. 2 ed. New York: Transaction Publishers, 2001. (1 ed., 1978). Há trad. Brasileira: _____. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

398 MOREIRA-LEITE, Angela. **Em tempo de conciliação**. Niterói: Ed. UFF, 2003.

promotor o ao advogado. A formação jurídica é um primeiro constrangimento, portanto. Ela atinge um sentimento do magistrado que busca “sentir-se juiz” já que o perfil dos que atuam nos juizados é de novatos. Logo, há uma tendência de que eles sejam mais atentos às formalidades e aos ritos por tal sentimento.

Entretanto, existe outro elemento mais pujante porque relacionado com uma contingência quase inescapável. No momento em que – na disputa adversarial – um dos advogados demanda o fortalecimento da ritualização como seu meio de ação – exigindo pretensões recursais, sob de arguição de nulidade, por exemplo – a tendência é a ação conforme por parte do outro advogado, bem como do magistrado. Logo, a observância do rito se torna mais premente, como uma parte da disputa.

É deste diagnóstico básico que surge o problema do Expressinho. A resposta mais imediata para sua construção seria o aumento de demanda. Não obstante esse fato – incontroverso e evidente – seria possível apontar outros dois elementos para o seu aparecimento no horizonte das políticas judiciárias. São hipóteses sobre o porquê de tal florescimento. A primeira resposta possível seria a necessidade no erguimento de soluções práticas de efetividade, por parte dos tribunais. Ela está ligada com um movimento bastante amplo que se nutre do diagnóstico da responsividade. Os tribunais começam a se perceber – ao invés de somente serem percebidos – como instituições relacionadas com a oferta de produtos em políticas públicas. Assim, a jurisdição começa a ser demandada – e cobrada por parte da cúpula dos tribunais e de órgãos como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – como produtos que devem ser entregues em determinadas quantidades em relativo tempo. Desta conjuntura cultural emerge a necessidade de apresentar soluções gerenciais: o empreendedorismo. O diagnóstico não é negativo, tampouco o fenômeno. O trabalho de Fernando Fontainha descreveu com bastante acuidade a questão e demonstrou que é uma estratégia dos atores para avançar a sua carreira³⁹⁹. Em tal sentido, esta estratégia de carreira – veja-se assim – também avança o funcionamento das instituições; logo, isto não pode ser necessariamente ruim, ou bom. É parte do estado das coisas, tão somente.

399 FONTAINHA, Fernando. O “empreendedor” como novo tipo de juiz: um diagnóstico a partir da informatização dos tribunais brasileiros. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense. Niterói. Or. Roberto Fragale Filho. Cf. também, em sentido diverso, ou seja, no estudo da expansão dos tribunais em projetos de acesso à justiça: VERONESE, Alexandre. Direito na fronteira ou fronteira do direito: experiências de projetos do Programa Nacional Balcões de Direito. Revista Cadernos Adenauer, v. 3, n. 6, Fundação Konrad-Adenauer, Rio de Janeiro, 2002.

A outra resposta possível é uma reação ao problema sofrido pelos juizados enquanto jurisdição especializada. Ao passo em que eles foram sendo formalizados, soluções de informalização foram sendo trazidas para ocupar esta função. Esta eventual resposta – além de relacionada com o caso analisado no presente texto – guarda conexão com políticas mais amplas no conjunto do Poder Judiciário. A defesa da conciliação prévia como meio de desafogar o aparelho judiciário é um exemplo evidente disto. O Conselho Nacional de Justiça tem promovido semanas de conciliação, com a realização de mutirões para a produção maciça de resolução de conflitos cujo fim é dado na forma de acordos⁴⁰⁰.

Este último capítulo tem o seguinte roteiro. Na primeira parte será descrito o discurso em prol das soluções extrajudiciais para resolução de conflitos e sua permeabilidade no âmbito do Poder Judiciário. Ela será uma preparação para a segunda parte que reunirá depoimentos sobre a construção e o funcionamento do projeto no âmbito do Rio de Janeiro. Após estas duas partes descritivas, será realizada uma análise – na terceira parte e, ainda, tendo atenção aos depoimentos colhidos por meio de entrevistas, como fonte – sobre o denominado projeto “expressinho” e os atores que nele atuam: partes, empresas, magistrado e advogado. Vale indicar que existe uma crítica – recorrente em relação aos projetos de informalização judicial – de que os advogados atrapalham a conciliação e configuram o empecilho para o desenvolvimento de soluções institucionais.

O juizado analisado foi o de Alcântara (São Gonçalo). A entrevista foi realizada com uma magistrada, que atuava como titular de um dos maiores juizados especiais do Estado do Rio de Janeiro. Em meio a um entorno densamente povoado e basicamente pobre, ele lidava com uma clientela com bastante ávida por resultados práticos:

Aqui nós temos a maior distribuição do Estado. No mês passado, nós chegamos a 1.700 processos distribuídos no mês. O fluxo recente de atendimentos no juizado era de 400 processos. Essa é a média dos juizados nos quais eu sempre atendi. O usual é distribuir cerca de 800 até 900 processos por mês. No entanto, atualmente, eu tenho uma distribuição de 1.700. Por quê? Por conta de um apagão que aconteceu no réveillon desse ano. Na passagem do ano vários bairros ficaram sem energia.

[...] O dia-a-dia, aqui, é telefonia e é energia. São os produtos que dão defeito. São as compras de aparelhos que não funcionam... Eu não tenho muitos processos de grande complexidade, como “leasing” e coisas do tipo. Eu tenho processos mais simples: “comprei um celular com defeito”, “a minha linha não funciona”, “cortaram minha energia” e “a minha conta estava paga”. Então, essa é uma realidade daqui.

[...] Outros juizados têm processos mais complexos. Eu tenho volume. Eu tenho uma quantidade de processos muito grande, porque a população é imensa. Eu pego

400 Cf. o site do CNJ: <http://www.cnj.jus.br>

metade dessa população na minha jurisdição. Logo, eu tenho uma quantidade muito grande! Uma demanda enorme!⁴⁰¹

Por derradeiro, as considerações finais indicarão algumas tensões que podem ser observadas do presente processo. A busca pela expansão da solução extrajudicial pelo próprio Judiciário – em parcerias como a do Expressinho – pode induzir a vários problemas. A pergunta central é se um processo deste gênero não aumentaria o risco de que as decisões judiciais nos juizados especiais cíveis perdessem o caráter de proteção ao consumidor – existente na legislação, obviamente – em prol de soluções gerenciais.

6.2 A trajetória do discurso do acesso à justiça e o expressinho no Brasil

Segundo Joaquim Falcão, o problema do acesso à justiça pode ser compreendido como uma questão de entrada e saída. Com a expansão dos direitos, combinada com a percepção e estímulo de defesa destes, o problema seria transferido para a dificuldade de resolução dos casos. Em artigo de opinião, publicado no Diário de Pernambuco, Falcão se posicionou favoravelmente à implantação do Expressinho, nos seguintes termos:

No Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça e a Telemar, sob a inspiração da ministra Fátima Nancy [Andrighi], do STJ, desenvolvem experiência inédita. Entre 1998 e 2002, a Telemar investiu R\$ 19,5 bilhões. Aumentou de 8,8 milhões para 18 milhões as linhas instaladas – perseguia a meta da universalização da telefonia. Nessa fase de crescimento acelerado, alguns serviços prestados sofreram queda de qualidade. Usuários foram então reclamar nos juizados especiais. Estima-se que existam hoje ali cerca de 60 mil processos contra a Telemar. Em vez, porém, de seguir o curso tradicional e contestar cada uma das reclamações, o desafio do departamento jurídico foi desenhar um atendimento de massa. A partir daí, inova-se de diversas formas. Criou-se, por exemplo, um mutirão de execuções nos juizados especiais. Os advogados pesquisam os cartórios, analisam esses 60 mil processos, buscam reduzir esse estoque para desafogar o Judiciário. Conferem a razoabilidade do pleito e, se este foi originário do período de rápido crescimento, propõem solução imediata. O resultado tem sido cerca de 6 mil soluções por mês. Desafogará os juizados neste ano. Trata-se na verdade de uma espécie de recall. A Volkswagen faz agora, por exemplo, um recall de 1 milhão de automóveis. A Telemar, por analogia, em vez de fazer ‘recall’ de um produto, faz um ‘recall’ de serviços.

401 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, Entrevista, São Gonçalo, 17 nov. 2006.

Criou-se, também com o Tribunal do Rio de Janeiro, o projeto Expressinho, para prevenir processos judiciais. Ao chegar ao juizado, o usuário é antes encaminhado a um representante da Telemar de plantão no local. A simples troca de informações mútuas entre usuários e empresa abre caminho para a solução de cerca de 600 casos por mês, que deixam de entrar no Judiciário. Só 10% dos casos não chegam a uma solução. Obtêm-se soluções antes da conciliação, sem qualquer intervenção judicial.

[...] O Tribunal do Rio de Janeiro pretende estender o Expressinho a outras empresas, sobretudo às de cartão de crédito e de energia elétrica, responsáveis, com as de telefonia, pelo maior número de reclamações dos usuários. Empresas pró-ativas que inovem no atendimento pré-processual dos direitos dos usuários podem ser aliados fundamentais para desobstruir a Justiça. Para uma reforma silenciosa, que, por sua própria natureza, é múltipla e diversificada, de responsabilidade do Governo e da sociedade também.

Em 2001, a partir da localização de que a Telemar ocupava a primeira posição entre as empresas acionadas no sistema de Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, foi forçada a criação do Projeto Expressinho. O Presidente do Tribunal de Justiça, na época, instou que a empresa deveria resolver o problema do assoberbamento do Judiciário. Desta forma, por meio de um Provimento do Tribunal, foi constituída a experiência inicial. Em 2002, houve a expansão do Projeto, por meio da abertura de vários espaços para conciliação prévia⁴⁰².

O próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio da opinião dos seus magistrados em entrevistas de jornal também demonstrou satisfação com o Projeto, como veiculado em programas de televisão e, outros veículos de comunicação. O magistrado entrevistado acerca do funcionamento do Projeto em seu juizado especial cível, mencionou pontos positivos e negativos:

Quando eu cheguei aqui nesse juizado, já tinha. Eu acho ótimo porque a população tem um encontro direto com aquelas empresas que causam a ela um problema maior. Eu acho o Expressinho fantástico. Todo juizado teria que ter um Expressinho, porque facilita muito.

[...] Nesse ponto, o Expressinho é ótimo. Seria até melhor haver outra iniciativa da própria empresa, tal como chamar essa população que ela sabe que foi atingida. A empresa sabe onde houve falta de energia nesse período. Ela tem os mapas de atendimento de onde houve o problema e de onde não houve. Ela sabe quais foram as áreas afetadas. Ela poderia chamar a população para fazer um acordo, nem que fosse para conceder um crédito. Isso foi algo até que eu já sugeri informalmente à empresa. Mas como a sugestão não foi adotada, até o momento, as pessoas continuam entrando com essas ações⁴⁰³.

No ano de 2006, o Projeto alcançou outros estados da Federação, que são abrangidos pela prestação de serviços da mesma empresa concessionária de telefonia fixa comutada. O

402 FALCÃO, Joaquim. **A reforma silenciosa da justiça**. Diário de Pernambuco, 15 mar. 2003, Disponível na Internet: <http://www.pernambuco.com/diario/2003/03/15/opiniao.html>

403 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, Entrevista, São Gonçalo, 17 nov. 2006.

Expressinho foi implantado no Estado do Amazonas, como havia sido noticiado pela Resolução do Tribunal de Justiça sobre o tema⁴⁰⁴. Em Sergipe, a implantação parece ter se dado sem problemas, também:

Telemar instala juizado para atender reclamações em SE. Depois de terem reclamado bastante, inclusive recorrido ao Ministério Público estadual, para resolver pendências na Telemar, os clientes sergipanos ganharam, ontem, um mecanismo para dar celeridade a determinados problemas com a empresa. Trata-se do Juizado Expresso, ou Expressinho, como é mais conhecido, que vai funcionar na avenida Paulo Henrique Machado Pimentel, 170, no Distrito Industrial de Aracaju (DIA), nos Fóruns Integrados III. O Expressinho, na verdade, é fruto de uma parceria entre a Telemar e o Tribunal de Justiça, sendo que Sergipe é o sétimo Estado a implantar este tipo de serviço. A solenidade de inauguração do serviço contou com a presença da presidente do Tribunal de Justiça, desembargadora Marilza Maynard. A responsável pelas relações institucionais da Telemar, Miriam Nunes Carvalho, explicou que o Expressinho, que funcionará de 7h às 13 horas, é mais um mecanismo criado para dar agilidade às demandas dos clientes. O processo é simples: quando um cliente for fazer qualquer reclamação, lá estará um preposto da empresa e um conciliador da Justiça. No diálogo, vão tentar resolver o problema do cliente no menor espaço de tempo possível – entre 24 ou 48 horas, no máximo – evitando a abertura de um processo. “Todos estes mecanismos são para melhorar o nosso serviço”, disse Miriam Nunes Carvalho, frisando que esta alternativa já existe nos fóruns no Rio de Janeiro, Maranhão, Amazonas, Paraíba, Pará e Rio Grande do Norte⁴⁰⁵.

No caso de Pernambuco, houve ampla gama de considerações contrárias ao mecanismo da conciliação prévia. O Tribunal de Justiça daquele Estado indicou a realização de um convênio com a empresa para implantação do Expressinho no período em meados de 2004. Rapidamente, os militantes da área de direito do consumidor se organizaram para atacar a iniciativa. O ápice de tal movimento culminou em um ato organizado pela ADECON-PE, na Faculdade de Direito do Recife. Denominado de debate, o encontro tornou-se uma catalisação de forças para pressionar o Tribunal no sentido de desistir da iniciativa. No caso do Rio de Janeiro, onde o Projeto foi criado em 2001, existem críticas contundentes. O diário “Tribuna da Imprensa” publicou nota, na coluna de Marcio G., no dia 14 abr. 2005:

Esperteza da Telemar? Ou a Telemar é esperta, ou a Justiça fluminense anda “engolindo mosca”. Só isso explica a presença da empresa em uma sala contígua ao cartório da Defesa do Consumidor, no 2º andar do prédio da Rodoviária, em Niterói. O consumidor, descontente, vai para a Justiça lutar contra a Telemar e, já na portaria, é “instruído” pelo segurança a procurar o serviço chamado “Expressinho”,

404 Cf. <http://www.tj.am.gov.br/resol.expressinho.pdf>

405 TELEMAR INSTALA juizado para atender reclamações em SE. Jornal da Cidade, Aracaju, 16 ago. 2006. Disponível na Internet: <http://www.jornaldacidade.net>

daquela empresa telefônica. Que tal? Muita gente se confunde e não sabe que está lidando com funcionários da Telemar, e não da Justiça. Ali o acordo é feito, a empresa se livra do processo. Uma pergunta: quanto paga a Telemar de aluguel pela sala ocupada no prédio da Justiça?⁴⁰⁶

Em sentido idêntico, há a reflexão de Meirelles⁴⁰⁷, acerca da transformação do sistema dos Juizados Especiais Cíveis em meros balcões de atendimento das empresas. Uma das críticas relaciona-se com um tópico de justiça distributiva, ou seja, pelo fato do sistema judiciário ser mantido pelo orçamento da população como um todo, mas com um espaço específico para demandas contra algumas empresas. Certo é que o Poder Judiciário de uma unidade da federação é mantido pelo orçamento do seu Estado. Mas uma substantiva parte dos seus recursos decorre das custas judiciais, recolhidas pelas partes. Assim, não é a população como um todo que arca para manutenção e funcionamento do sistema dos juizados especiais cíveis de um Estado. Se há algum problema distributivo, deve-se ao fato das partes, em processo que não sejam contemplados com gratuidade, paguem por tal funcionamento. Quando há uma condenação, mesmo em sede de juizado especial, há o recolhimento de sucumbência, ou seja, as empresas pagam, retroativamente, pelo custo da ação judicial. Estudo realizado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro estima que cada processo tenha um custo médio de R\$ 450,00.

O mesmo raciocínio distributivo poderia ser efetuado para demonstrar que quando há uma grande quantidade de demandas em um serviço regulado de alcance público, os outros usuários pagarão mais caro por ele. Ou, ainda, eles obterão perda de qualidade no serviço prestado, que é uma forma de diminuir os custos da operação que as empresas dispõem. Desta maneira, introduzir um sistema racional de processamento de demandas, tal como é a proposta do Expressinho, não é uma maneira de transferir custos da empresa para a população em geral. Ao contrário, ele é uma maneira de minorar os danos inevitáveis de ofertar provimento de serviços em sistemas de infraestrutura baseados em economia de rede. Em nota divulgada à imprensa, a Telemar se posicionou no sentido de apoiar a medida de estimular a conciliação extrajudicial, frisando que possui uma base de clientes muito maior do que a quantidade de

406 ESPERTEZA DA TELEMAR? Tribunal da Imprensa, Rio de Janeiro, 14 abr. 2005. Disponível: <http://www.tribuna.inf.br/anteriores/2005/abril/14>

407 MEIRELLES, Delton. Juizados especiais cíveis: acesso à justiça ou balcão de reclamações? In: Anais do XIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, Fortaleza. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

feitos judiciais e que a maior parte das ações se referem a questões regulatórias⁴⁰⁸. A mesma lógica pode ser conferida nas informações dadas pelos advogados da concessionária que foram entrevistados para a pesquisa:

Se você pegar os números, a quantidade de ações em relação ao percentual de consumidores atendidos na nossa base é ínfima. A gente tem 800 mil cortes de serviço e recebe 0.003 %, na forma de ações. Quando você soma esses números e você coloca dentro das estatísticas do Tribunal, fica-se com o uma posição desagradável no ranking das empresas mais demandadas. Mas o número relativo aos clientes atendidos é pequeno. A empresa tem uma postura de não protelar as ações na justiça. Ela não tem interesse de impor recursos quando a causa é praticamente perdida. A política da empresa é efetivamente resolver o problema do cliente, principalmente quando a gente sabe que houve erros⁴⁰⁹.

A Coordenadora do Projeto Expressinho, por parte da Telemar, também transmitiu uma visão otimista das questões judiciais de consumo e das suas soluções possíveis⁴¹⁰. Ela participou de um debate na TV Justiça sobre o tema. No âmbito deste tópico, o Projeto foi contemplado com uma premiação por parte do SEBRAE e da Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil (CACB). As notícias jornalísticas sobre o problema que as ações contra as concessionárias de telefonia constituem para a máquina judiciária são variadas. Um ponto de vista relevante é do que o Projeto não desestimula a litigiosidade, funcionando apenas como um modo de coletar demandas que, de outra forma, não iriam para o Poder Judiciário:

No juizado especial de Montese, bairro de Fortaleza, 90% das queixas referem-se à Telemar, por cobranças incorretas. Ali, um escritório paulista de advocacia faz a defesa da empresa. Num juizado em Belém, há uma sala exclusivamente para a Telemar. Uma funcionária, "não autorizada a celebrar acordos", presta informações. Num dos juzizados especiais do Rio funciona o chamado "Expressinho" (sala reservada à Telemar para tentativa de resolução dos conflitos). Isso não conseguiu reprimir as ações. Contratada para implantar sistema de gestão, a Fundação Getúlio Vargas recomendou a retirada do espaço. A pesquisa cita que a empresa obteve maior volume de acordos no Rio. Em São Paulo, os juzizados especiais possuem instalações modestas, são pouco informatizados. São propostas cerca de 500 causas

408 LÍDER DAS AÇÕES nos juzizados especiais, Telemar se defende em nota. Jornal do Brasil. Disponível: <http://www2.glb.com.br/manchetes/noticias.asp?1458021>

409 DÉBORA BRASIL & CRISTINE MARCONDES, advogadas da AMPLA S/A, ex-advogadas da TELEMAR-OI S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 11 set. 2006.

410 Matéria sobre a premiação foi veiculada pela TV Justiça, cf. nota no site da referida Confederação: <http://www.cacb.org.br/imprensa/tvjustica.htm>

por dia contra a Telefonica. Há cerca de 55 mil ações para discussão da obrigatoriedade da assinatura básica.⁴¹¹

Entretanto, tudo indica que a expansão do modelo demonstrou-se inexorável. No caso de São Paulo, houve a tentativa na implantação de Expressinhos pela SABESP e pelo próprio Tribunal Estadual de Justiça, com a mesma lógica que ocorreu no Rio de Janeiro. O Conselho Nacional de Justiça recomendou a expansão da lógica intrínseca da conciliação prévia para diversos outros Tribunais, como já exposto na parte inicial deste trabalho.

Pode-se verificar que os antigos serviços públicos de infra-estrutura (telefonia, energia, rodovias, etc.), depois de privatizados, respondem pela maior parte das demandas. Sem dúvida, as prestadoras dos serviços de telefonia fixa, no regime público, são as que mais possuem assinantes e, logo, têm maior incidência de reclamações. Entretanto, há que se compreender que a questão possui um contorno mais complexo do que a mera indicação destas dificuldades.

A compreensão destes problemas envolve a própria estrutura dos serviços ditos regulados, ou seja, aquele tipo de provimento de infraestrutura que foi objeto de privatização no Brasil e na América Latina. Para tanto, é relevante compreender o que são estes serviços do seu ponto de vista técnico (em relação à engenharia de telecomunicações ou energia, por exemplo) e econômico.

Um exemplo diz respeito à questão da discriminação da contas de consumo dos serviços de telefonia, que é atrelada com as regras sobre a tarifação por meio de pulsos. Além de uma Ação Civil Pública, o sistema dos juizados especiais cíveis foi inundado com demandas sobre o tema, tendo a Telemar como alvo. Ao ponto de que, em meados de 2005, em data próxima ao término do processo de renovação dos contratos de concessão, a empresa pudesse posicionar que, em futuro próximo discriminaria todas as contas. O ponto central é a localização de um equilíbrio entre as demandas coletivas e as demandas individuais. Talvez, somente o fortalecimento de mecanismos coletivos de tutela, combinados com a democratização na formação das regras de prestação deste tipo de serviços poderá auxiliar na diminuição da litigiosidade.

411 Consultas e audiências públicas da Anatel: tudo apressado e mal explicado. Coluna “IDEC em ação”, boletim eletrônico do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 25 out. 2005. Disponível: <http://www.idec.org.br/emacao.asp?id=1017>

Em síntese, a partir do que acima foi exposto, é possível localizar a impulsão por parte da máquina judiciária deste tipo de solução, bem como o levantar de objeções por parte dos advogados e dos movimentos em prol dos direitos dos consumidores. Na próxima parte, esta tensão reaparecerá, todavia com tintas mais locais, já que refletidas nos discursos dos construtores da solução, no caso pioneiro do Rio de Janeiro.

6.3 Os diagnósticos sobre os sistemas de resolução e a construção do Projeto Expressinho

Segundo um dos magistrados que auxiliou na construção do projeto, ele nasceu do exponencial aumento de causas repetidas ajuizadas contra empresas prestadoras de serviços públicos privatizados:

O desafio nasceu de ocorreu uma demanda explosiva sobre determinado objeto e empresa. A idéia do Expressinho é criar uma estrutura para absorver essa demanda sem inchar a máquina judiciária para uma coisa que é tópica e na qual existe muita dificuldade. Logo, ele tem que se ter uma ferramenta para atender estas demanda tópica e criar uma estrutura informatizada para a empresa ligando-a ao Poder Judiciário, facilitando a solução dos litígios. Hoje, ao se começar um processo no Expressinho, já se tem um resultado final previsível que, se não for cumprido, dará direto à execução⁴¹².

Deve ser ressaltado que a experiência ocorre atualmente em conjunto com duas empresas concessionárias dos serviços privatizados. Mas o seu início foi ligado apenas a uma delas. O seu desenvolvimento, contudo, relacionou-se com o fenômeno de infração massiva aos direitos dos consumidores que originaram a explosão de litígios, bem como com a existência de um canal para o oferecimento de uma solução mais vantajosa em sob vários aspectos⁴¹³. No caso dos serviços de telefonia fixa comutada:

412 FLÁVIO CITRO, magistrado da Corregedoria-Geral de Justiça, Entrevista, Rio de Janeiro, 23 out. 2006.

413 Esta questão está fortemente relacionada com um cálculo racional que é realizado pelo consumidor no encaminhamento de sua demanda. Ele foi descrito em outro local, sob a análise de algumas variáveis como “facilidade de acesso”, “tempo de resposta à demanda” e “retorno financeiro com a demanda”. Em linhas simples, um problema pode ser resolvido pela Agência, pelo SAC da empresa ou pelo Judiciário. Entretanto, existem vantagens na solução judicial para o consumidor em grandes centros, dentre as quais a indenização.

No ano de 2002, o problema começou com a Telemar. Ele ocorreu diante do aumento absurdo de processos derivados dos planos de expansão. A Telemar vendeu diversos planos com a promessa de instalação de linhas em dois anos. Contudo não havia conseguido e ainda não tinha nenhuma expectativa de cumprir aquele contrato. Com isso, as iniciais se acumulavam com pedido de tutela antecipada para instalação e a Telemar não estava conseguindo nem dar conta do cumprimento das ordens judiciais de tutela antecipada anteriores. Diante desta ameaça, a Telemar viu que era melhor arrumar uma forma de neutralizar aquele volume, colocando à disposição do Judiciário um preposto para tentar evitar essa demanda ortodoxa. A empresa não abria mão disso, pois na verdade ela queria uma solução extrajudicial, tipo PROCON. Diante disso foi explicado que, com a intervenção do Poder Judiciário, não existiria alternativa senão cadastrar a solução ainda que já tenham alcançado o acordo, porque o Judiciário precisa do controle da litispendência e da coisa julgada. Não adiantava, portanto, formular uma proposta de acordo e não homologá-lo porque a insatisfação de qualquer uma das partes poderia gerar uma nova demanda. Ficava bem claro que não se estava evitando uma nova demanda. Mas eles concordaram em distribuir o acordo para ganhar em termos de segurança jurídica, pois se a parte reclamasse sobre o mesmo fato, a Telemar teria como provar que já tinha havido um acordo anterior e, logo, poderia pedir a extinção da litispendência ou da coisa julgada. Foi assim, que a Telemar começou a firmar acordos no Expressinho, apesar de ser desvantajoso. Afinal, ela não havia cumprido os contratos e tinha poucas chances de defesa. O fato foi que Telemar aceitou celebrar acordos com o mesmo teor das tutelas antecipadas, mas com isso ela ganhava um controle gerencial. Ela pode colocar um preposto mais categorizado que saía dali direto para a área operacional dizendo o que tinha que se fazer e cumprir. Usualmente, quando ela recebia uma tutela antecipada em qualquer estabelecimento ela perdia o controle e acabava pagando multa por descumprimento de ordem judicial. Vale frisar que esta multa não estava restrita ao teto de 40 (quarenta) salários mínimos. Num primeiro momento a Telemar chegou a descumprir alguns acordos do Expressinho. Mas em número bem inferior ao que ela descumpria das tutelas antecipadas e das sentenças de mérito também. Foi daí que a Telemar começou a ver vantagem pela concentração, pelo controle, que ela ganhava daquilo. Adicionalmente, ela evitava o que é normal em termos do Poder Judiciário que é a solução aleatória. Ou seja, a imprevisibilidade. É bem diferentemente no caso do Expressinho. Ela já podia prever porque havia a sua manifestação de vontade que coincidia com a do consumidor que se queixava. Assim, a Telemar começou com isso na matéria dos planos de expansão. Depois, ela foi vendo que aquilo era uma vantagem para fechar acordos em relação a outros objetos que foram aparecendo⁴¹⁴.

A construção do projeto foi, inicialmente, a formação de uma equipe especializada no acompanhamento da execução de tutelas judiciais. Para que não houvesse descontrole, a equipe fazia o acompanhamento do fim do processo judicial. Mas esta solução é extremamente diversa do que o projeto, depois, se tornou. Ele foi reconstruído como um sistema de conciliação prévia, anterior à distribuição da demanda no juizado especial. Em ambos os casos, a origem está relacionada com o número elevado de demandas; porém, com diferentes pontos de vista.

414 FLÁVIO CITRO, magistrado da Corregedoria-Geral de Justiça, Entrevista, Rio de Janeiro, 23 out. 2006.

Logo depois, um problema similar atingiu a concessionária de serviços de distribuição de energia e força, do antigo Estado do Rio de Janeiro, a Ampla. Ele teve origem no problema do “apagão da energia elétrica”:

O início com a Ampla foi na época do racionamento. A empresa viu que era vantajoso fazer alguns acordos, era uma solução judicial que precisava estender aquilo a outros consumidores⁴¹⁵.

O discurso dos atores caminhou pelo consenso da necessidade de fornecer uma resposta ao dilema da demanda de massa. Todavia, este não é o único problema que precisa ser equacionado. Há que se pensar no sentido de proteção ao consumidor que existe nos juizados – com amparo na legislação – em face da pressão pelo equilíbrio de números. Na próxima parte, será dissecada a visão dos atores, com um cotejamento da valoração que fazem sobre o projeto.

6.3.1 O que é o Projeto Expressinho: visão dos interessados

Podemos indicar que existem três conjuntos de interessados no Projeto Expressinho. O primeiro conjunto é formado pelos gestores mediatos do projeto, ou seja, pelos magistrados próximos à máquina dirigente do Tribunal. O segundo conjunto é formado pelos magistrados que estão no cotidiano dos juizados. Eles estão diariamente lidando com uma demanda social forte e com a cobrança de resultados por parte da cúpula da sua instituição. O terceiro conjunto de interessados são as empresas concessionárias que atuam no projeto. Existe certa dúvida se elas estavam atuando no projeto por localizarem alguma vantagem objetiva, como a melhora da prestação dos seus serviços, ou por estarem buscando uma forma de lidar com um problema inexorável: a massa de litígios.

O projeto funciona de uma maneira simples. Existe o juizado especial. Para aquela serventia judiciária se movimentam centenas de peticionantes diariamente - ou bem eles possuem um advogado que realiza o seu atendimento inicial e ingressa com um pleito, ou eles são atendidos por estagiários para reduzir seu pleito em petição. Este setor dos juizados é

415 FLÁVIO CITRO, magistrado da Corregedoria-Geral de Justiça, Entrevista, Rio de Janeiro, 23 out. 2006.

denominado de “primeiro atendimento”. Nos juizados, onde o Expressinho é instalado, o balcão de atendimento prévio não reduz o pleito a termo. Eles encaminham o demandante para o balcão do Expressinho, onde eles são atendidos pela própria empresa. De acordo com os advogados da concessionária:

A idéia é que o Expressinho seja contínuo, satisfatório. Enfim, o Expressinho é para ser utilizado pelo consumidor quando ele possui algum problema factual que pode ser solucionado sem o ajuizamento de um processo - por exemplo, se ele está com problema na conta. Assim, se ele não concorda com uma cobrança determinada, é possível ir ao Expressinho e re-faturar, parcelar, renegociar a dívida... Enfim, o que se puder resolver negociando. O consumidor diz: “Eu estou com um problema. O medidor da minha casa está com um problema. Eu já busquei a empresa, mas não consegui resolver”.

[...] A efetividade do Expressinho é grande. A idéia é muito boa. A estrutura é muito boa. As empresas têm muito boa vontade em disponibilizar os melhores profissionais para atenderem aqueles clientes. Elas colocam até uma estrutura extra, no nosso caso específico com carro e técnicos. Enfim, faz-se de tudo para atender qualquer tipo de emergência⁴¹⁶.

Na prática, o projeto funciona como um ponto de atendimento avançado da empresa, com capacidade para resolver questões, negociar e até executar o negociado de forma imediata. Por mais que haja um espaço disponibilizado na serventia, a estrutura é custeada pela empresa concessionária.

O funcionamento do projeto gera uma relação necessária entre o magistrado e os funcionários da concessionária que trabalham no posto avançado dentro da serventia judiciária. Esta relação pode ser cordial e amigável. Porém, obviamente possui um caráter de tensão pela possibilidade de subordinação a que pode dar margem:

Então é assim: não existe uma negociação [com o Expressinho]. Mas eu tento esclarecer o pessoal do Expressinho: “olha gente, isso é até melhor para empresa fazer assim, porque assim vocês, pelo menos, fixam uma multa”. Não precisa ser uma multa alta. Desde que haja uma multa, para que aquilo já gere uma incidência desde a data do descumprimento... Se eu tiver que intimar, se eu tiver que publicar, existe uma perda de tempo para o consumidor. Pelo menos com a multa, já tem uma sanção prevista. Então, se a empresa não fizer o que é de direito, vai ter um dano moral dali em frente⁴¹⁷.

416 DÉBORA BRASIL & CRISTINE MARCONDES, advogadas da AMPLA S/A, ex-advogadas da TELEMAR-OI S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 11 set. 2006.

417 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, Entrevista, São Gonçalo, 17 nov. 2006.

Apesar de parecer que a frase embute uma ameaça velada do tipo “melhor fazer, senão verás o que vai acontecer”, a entrevistada fez questão de indicar que respeita a autonomia da empresa e os seus limites:

Eu considero os Expressinhos parceiros e não adversários. Então, eu tenho total liberdade para conversar com eles. Tem coisas que eles dizem: “isso nós não podemos fazer, porque a empresa não nos dá autorização para isso”. Em momento algum eu exijo que eles façam coisas contrárias às diretrizes da empresa deles. Ele não é meu funcionário, ele é funcionário da empresa que paga a ele. Eu converso e mostro para eles: “olha, se fizesse isso assim até seria melhor para empresa, porque evitaria um prejuízo maior, poderia evitar perda de tempo, desgaste, que pode vir à frente uma sanção maior”. Não quero dizer que vai haver punição adicional à empresa. Digo e sim que pode haver. E, às vezes, eles percebem: “Me deixa ligar pro chefe; chefe, a Excelência está falando isso, isso e isso. Posso fazer? Não posso fazer? Então está certo... Senão pode fazer, então não. pode”. Eles respondem: “Excelência, a empresa não está apta a fazer esse tipo de acordo”. Dizem para o jurisdicionado: “Há algumas opções; procurar a defensoria, procurar um advogado, procurar o primeiro atendimento do juizado”. No fundo é dizer ao consumidor para entrar com uma ação judicial. De fato, é que digo: “Se eles não resolverem administrativamente no Expressinho, há que ajuizar uma ação porque outra forma o consumidor não vai encontrar”⁴¹⁸.

Há uma dicotomia interessante entre a visão dos gestores e aquela de quem está no cotidiano com os prepostos. Enquanto os magistrados que atuam na gestão superior podem indicar uma separação funcional mais enfática, fica evidente que o dia a dia requer proximidade para o funcionamento. O magistrado gestor é muito enfático em indicar que o projeto não tem por objetivo ser um balcão de informações:

O aumento do acesso ao Poder Judiciário começou também pela falta de interlocutores na estrutura do Poder Executivo. Existe uma demanda do jurisdicionado que é pela informação. As pessoas que mal informadas não têm, necessariamente, um ímpeto de iniciar um processo judicial. Elas muitas vezes buscam esclarecimentos sobre problemas na relação com a empresa. Querem entender... Não se quer que essa insuficiência em oferecer informações recaia sobre o Expressinho, pois ele é um sucessor do processo ortodoxo que vai conduzir a uma sentença de mérito. A demanda de informação e de esclarecimento do cliente não é o que se quer que seja resolvido no Expressinho. Existe um problema cultural e educacional. Quando se fala em educação estamos nos retratando às deficiências das empresas quanto à educação de consumo. Este tipo de problema não deveria ser o foco de discussão no Expressinho⁴¹⁹.

418 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, Entrevista, São Gonçalo, 17 nov. 2006.

419 FLÁVIO CITRO, magistrado da Corregedoria-Geral de Justiça, Entrevista, Rio de Janeiro, 23 out. 2006.

Porém, o magistrado no cotidiano enfrenta o que existe e não “o que deveria ser”. Logo, a busca – e o uso do projeto – acaba sendo direcionado para as informações, como indica o magistrado do juizado especial cível:

Na verdade, a gente tem uma procura diária alta. Mas muita coisa acaba não virando demanda judicial. Não precisaria nem virar acordo, porque a pessoa só tem uma dúvida: “recebi essa fatura, mas tem essa outra fatura”, por exemplo. O pessoal do Expressinho da Ampla: “não, essa aqui é referente ao mês de janeiro, que a gente deixou de cobrar; por isso a senhora recebeu duas faturas nesse mês (janeiro e fevereiro) com a mesma data de vencimento”. A pessoa entende a questão, lembra do assunto e vai embora. Na cabeça dos funcionários da empresa, isso não precisaria virar um acordo. Logo, não precisaria gerar um número. Afinal, não são atendimentos, no sentido estrito, do Expressinho. A orientação é de que isso é atendimento de loja, portanto teria que ser encaminhado a uma loja. Mas aí a gente também tenta ajudar... Se for só uma informação que falta? Por que não ajudar! O Projeto só precisa prestar essa informação⁴²⁰.

Para além de prestar a informação, como seria um atendimento comercial, algo que o gestor obviamente desaprova – porém, que a realidade impõe – o magistrado ainda documenta o ato. Há uma cobrança por resultados e estes atos e ações, se contabilizados geram um impacto na produção:

Mas, por exemplo, se o consumidor veio com a fatura e verificou-se um erro. Realmente tem um erro. O que ele deveria fazer? Ir à loja, para que fosse emitida uma nova fatura. Com aquela nova fatura, se deveria cancelar a primeira, emitir a segunda e pagar. Nesse caso, eu teria que mandar a pessoa pra loja. A pessoa já está aqui, o problema já está na frente do Expressinho. Ele tem condição de emitir. Para que eu vou fazer o consumidor perder mais tempo com a loja? Vou concordar que deve se continuar atendendo. O pessoal da Telemar faz isso. Eles emitem uma nova fatura... Como ele está praticando um ato, eu disse para ele documentar tudo para fazer em comum acordo com o consumidor: “Foi cancelada a fatura tal, foi emitida nova fatura a qual a parte vai pagar. E eu coloco isso em comum acordo. Dessa forma, isso valeu para toda aquela formação de estatística, entendeu?”⁴²¹

O magistrado do cotidiano ainda indicou que o projeto gera outra vantagem no uso de informações. Ele serve como fornecedor de informações ao próprio juízo, já no caso das ações judiciais do juizado especial:

420 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, Entrevista, São Gonçalo, 17 nov. 2006.

421 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, Entrevista, São Gonçalo, 17 nov. 2006.

Ele facilita muito tirar as dúvidas ao longo das instruções processuais... Tem vezes que aparecem umas faturas com os consumidores e eles dizem “eu não estou entendendo...”. Ou, a parte traz metade da prova e esquece o resto. Ela junta a fatura do mês 02 e mistura com a fatura do mês 03. Com o Expressinho, podemos puxar, na tela, todo o histórico de consumo do cliente. Fica bem mais fácil entender o que aconteceu na vida dela. Então, muitas vezes, em vez de eu adiar uma audiência, eu resolvo com o Expressinho. A finalidade do Expressinho não é essa, mas o fato é que ele me ajuda muito.

[...] O objetivo também não é servir para a busca de provas, mas isso ajuda bastante. Ajuda na hora de religar uma luz porque você vai ver se a pessoa deve, ou se não deve. Então, às vezes a pessoa me traz a última conta, mas eu sei que tem um débito lá de trás. Essas coisas no dia-a-dia resolvem muito.

[...] Mas eles são fundamentais para funcionar como o braço direito não só pra resolver o problema da parte. Mas eles servem também para fornecer informações sobre coisas necessárias na hora da audiência. Claro que a finalidade precípua não é essa. Mas ele ajuda muito, também pra isso. Muitas vezes, a gente consegue formar um acordo que, sem o esclarecimento do Expressinho quanto ao fato, não conseguiria ser feito. Isso ocorre porque não daria pra entender exatamente o problema da pessoa, por não se ter a prova completa⁴²².

O curioso é que os advogados da concessionária sabem do uso informacional que é realizado pelo Judiciário dos postos do Expressinho e da rejeição que a gestão do projeto tem deste uso:

O Expressinho funciona como um canal de atendimento prévio importante. As audiências acontecem no Juizado Especial. Não é exatamente um canal de atendimento... O Tribunal nem gosta que a gente utilize esta expressão. Afinal, na verdade, não é esse o objetivo [fazer um atendimento comercial]. O canal de atendimento é antes da distribuição do processo⁴²³.

Há um forte discurso de parceria e colaboração, de união em prol de soluções cordiais e amistosas, ao contrário do que usualmente é depreendido da visão comum do Poder Judiciário: um espaço de conflito e disputa:

É uma oportunidade para se conciliar com o cliente antes da audiência. Para tentar encerrar o processo antes de ele ter aquele contato com o juiz, enfim. Então, é mais uma oportunidade de a gente resolver o problema. Mas, na verdade é uma nova oportunidade de a gente resolver o problema com o cliente. Então, por óbvio é uma oportunidade importante para as empresas. Toda vez que a gente tem chance de resolver previamente é positivo para a empresa⁴²⁴.

422 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, Entrevista, São Gonçalo, 17 nov. 2006.

423 DÉBORA BRASIL & CRISTINE MARCONDES, advogadas da AMPLA S/A, ex-advogadas da TELEMAR-OI S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 11 set. 2006.

424 DÉBORA BRASIL & CRISTINE MARCONDES, advogadas da AMPLA S/A, ex-advogadas da TELEMAR-OI S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 11 set. 2006.

É evidente que existem dissensos. Os trechos das entrevistas apenas não os tornaram evidentes. Num primeiro momento, o que se assoma são argumentos em prol das relações amistosas. Será visualizado que há uma diferença conceitual fundamental entre a visão esposada pelos advogados da empresa concessionária e pelo magistrado entrevistado. Esta concepção é jurídica e de política pública. Ela diz respeito tanto a um direito subjetivo, que o magistrado reconhece aos consumidores, quanto a uma visão sobre como deveria ser – do ponto de vista da solução fatural dos litígios – a política pública e a condução da empresa.

6.3.2 Pontos positivos, segundo os atores

É interessante como um mesmo fenômeno pode evocar interpretações valorativas distintas, a depender do envolvimento do ator social com ele. O cotejamento de opiniões sobre os pontos positivos do Projeto Expressinho serve como um bom exemplo desta questão. Para o magistrado da Corregedoria-geral:

Um dos talentos do Expressinho é poder lidar com ondas de demandas, tais como a questão da assinatura básica. O grande sistema do Poder Judiciário ordinário tem ainda dificuldade em gerenciar isso. Isso ocorreu porque hoje se tem uma estrutura de serviços judiciários e cartórios que é fixa e imutável.
[...] Na verdade, em termos de segurança jurídica o Expressinho é mais seguro do que o processo ortodoxo para a Telemar. A Telemar é uma grande empresa, que recebe intimações em qualquer estabelecimento. Com o Expressinho irá existir um sistema onde o preposto quando for defender a empresa, e sendo observado o grande número de demandas que a empresa terá, poderá oferecer uma defesa bem mais embasada. Isso ocorre tendo em vista que o sistema do Expressinho ficará disponível no computador colocando-o a par de todos os fatos expostos na audiência. Pode o preposto, diante desta ferramenta, oferecer uma contestação oral¹⁴²⁵.

Curiosamente, a questão mencionada sobre assinatura básica não pode ser equacionada por meio do Expressinho. Ela é um típico caso de problema regulatório que se tornou um litígio de massa, no qual o atendimento aos pleitos dos consumidores geraria a necessidade de um amplo rearranjo regulatório. Este tema pode ser visualizado com mais detalhes em outro trabalho, como determinadas questões regulatórias não possuem o condão

1425 FLÁVIO CITRO, magistrado da Corregedoria-Geral de Justiça, Entrevista, Rio de Janeiro, 23 out. 2006.

de ser reformadas em definitivo pelo Poder Judiciário. Todavia, por meio transversal, o contencioso de massa força a possibilidade para que as entidades de defesa do consumidor possam pleitear alterações. O caso das telecomunicações é exemplar. O gestor possui uma interessante visão sobre a vantagem que as empresas podem obter com a construção do Projeto Expressinho. O projeto teria um impacto em termos de custos:

O Expressinho tem condições de absorver estas demandas típicas mantendo a mesma estrutura de cartório. Ele permite isso porque monta uma estrutura paralela ao cartório, do próprio Expressinho, somente para resolver todos esses casos novos. Cria-se uma solução imediata entre a empresa e jurisdicionado. Pelo o caminho normal, a partir do momento em que ocorrem as primeiras condenações, começa a acontecer um efeito “boca a boca”. Só com um Expressinho é que se começa a obter um equilíbrio entre a explosão de demandas e a estrutura do Judiciário que não tem como suportar tal volume de demandas. É sem dúvida uma grande solução, mas que muitas empresas não enxergam ainda. Esta “demora e teimosia” de algumas empresas leva à sucumbência reiterada e ao prejuízo.

[...] As empresas não conseguiram enxergar isto de forma nítida. Ela só vai entender isto depois que já tiver contratado seis escritórios de advocacia e sessenta prepostos. Na verdade, a empresa estará abrindo uma segunda empresa, onde a primeira empresa é a operacional e produtiva enquanto que a segunda servirá para gerenciar o contencioso. O Expressinho vem, portanto, com o objetivo de evitar que esta segunda empresa seja criada. Em outras palavras, ele seria uma forma de se evitar o crescimento desordenado de demandas contra a própria empresa. Pode até se fazer uma alusão a uma forma de coibir que qualquer pessoa promova uma ação em face da empresa apenas objetivando obter lucro. Surge daí um novo mercado para se ganhar dinheiro, uma vez que o indivíduo não tem que arcar despesas processuais⁴²⁶.

A visão da magistrada sobre o Projeto é clara: ele ajuda a diminuir a pressão! Qualquer tipo de auxílio para diminuir a pressão, para quem nela está, será bem vindo e positivo. Ela ilustrou isso com um caso da área de energia:

Por conta de um apagão que aconteceu no réveillon desse ano. Na passagem do ano vários bairros ficaram sem energia. As pessoas começaram a entrar com ações. Primeiro, foi timidamente. Vinham alguns. Depois, vinham uns cinco ou dez. Todavia, quando começaram a surgir as primeiras indenizações desse fato, todos quiseram entrar com ação pra ganhar uma indenização também. Explodimos! Foi por causa dessa quantidade que não estamos conseguindo dar andamento. Não tem sido possível dar vazão e atendimento. Não é possível absorver essa demanda toda! Quer dizer, eu até consigo marcar uma pauta de julgamento rapidamente. Nesse juizado estamos com uma projeção de 90 dias para julgamento. Logo, julgamos em julho aqueles processos que deram entrada em abril. Isso é rápido e é ótimo. É o tempo de eu conseguir citar o réu, porque eu preciso que os oficiais cumpram esses mandados em tempo. Mais do que isso, o juizado não consegue processar. Não há servidores suficientes pra dar andamento a essa demanda. Para cada processo sobre “apagão”, se junta um calhamaço de papel! Em cada um! Só pra numerar essas folhas, grampear, furar, etc. Eu não consigo absorver esse trabalho todo.

426 FLÁVIO CITRO, magistrado da Corregedoria-Geral de Justiça, Entrevista, Rio de Janeiro, 23 out. 2006.

Conseqüentemente, isso gera hoje uma condenação que eu só vou conseguir pagar ao consumidor daqui a um ano⁴²⁷.

A empresa concessionária possui outra visão sobre as vantagens que teria atribuída a si mesma. Ela pode ser tripartida numa vantagem simbólica, comercial e gerencial. A primeira é eminente externa, ou seja, atinge o público como um todo. As outras duas se traduzem em melhorias para a empresa. No caso da vantagem simbólica, os advogados da empresa indicaram que, com o projeto é possível demonstrar ao cidadão que a concessionária é respeitada pelo Poder Judiciário de forma objetiva:

A experiência é positiva para a empresa que tem o Expressinho também. Afinal, o cliente vai enxergar que existe um respeito entre o próprio Poder Judiciário e aquela empresa. O Expressinho funciona dentro do Poder Judiciário. Ele ocupa uma sala dentro do próprio Fórum, do próprio juizado. Então, isso é importante para empresa e passa uma credibilidade, ainda que seja um sentimento subliminar. É algo que você colhe por trás dessa relação, dessa parceria. Então o Expressinho permite isso. Ele coloca, nos Juizados, uma relação mais próxima da empresa com o jurisdicionado local e com os representantes do Judiciário, sejam as pessoas do cartório, seja o juiz daquela localidade⁴²⁸.

Os advogados da concessionária também localizam vantagens comerciais, por assim ponderar, já que os consumidores seriam atendidos de forma rápida pelo Expressinho, melhorando a sua visão sobre a empresa:

A grande vantagem que eu percebo nas relações no Expressinho é conseguir transmitir ao consumidor que você tem um ponto de celeridade. Você passa para ele uma sensação de ânimo da empresa em resolver, de uma forma mais rápida, o problema que ele está enfrentando com a companhia⁴²⁹.

Por fim, a vantagem gerencial é um pouco reversa. Seria derivada da massa de condenações que teria instado a que os diversos setores interagissem mais para buscar soluções:

427 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, Entrevista, São Gonçalo, 17 nov. 2006.

428 DÉBORA BRASIL & CRISTINE MARCONDES, advogados da AMPLA S/A, ex-advogadas da TELEMAR-OI S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 11 set. 2006.

429 DÉBORA BRASIL & CRISTINE MARCONDES, advogados da AMPLA S/A, ex-advogadas da TELEMAR-OI S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 11 set. 2006.

A empresa está toda mobilizada nesse sentido de diminuir o número de ações judiciais. Nós temos grupos de trabalho multidisciplinares. Há estudos em todas as equipes, de todas as diretorias. Todos estão estudando esses processos para entender porque os clientes ingressam na justiça. A partir desses estudos, as equipes estão tentando corrigir os procedimentos internos, para que as falhas eventuais não aconteçam. A gente sabe que em uma operação enorme como nós temos - temos milhões de clientes! - não errar é humanamente impossível porque estamos com equipes em campo todos os dias. O nosso serviço embora não seja ininterrupto é contínuo. Nós emitimos milhões de contas todo mês. Essa visão do Judiciário sobre nós é muito ruim. Ter muitas ações na Justiça é ruim!⁴³⁰

É evidente que a análise dos atores está diretamente implicada com a vantagem objetiva que o funcionamento do projeto pode levar. O que é interessante de mencionar e que será o mote do ponto posterior é que somente um dos entrevistados evidenciou uma preocupação com o problema substantivo: o magistrado do cotidiano. Foi ele quem indicou que a sua preocupação é traduzir em termos de justiça os ditames legais, relacionados com os problemas fatuais que são trazidos. Tanto o gestor mediato, quanto os advogados da concessionária estavam menos impregnados por este sentimento de resposta jurisdicional por motivos variados.

6.4 Análise do projeto: judicialização das relações de consumo e os atores

O conceito de judicialização, cunhado por Tate & Vallinder⁴³¹, pode ser utilizado para explicar a mudança de um padrão de funcionamento das instituições políticas dos países modernos. Estes autores explicam como o Poder Judiciário tem sido cada vez mais incidente na vida social em detrimento de outras práticas políticas. Esta expansão judicial se dá por duas vias. A primeira forma de judicialização se dá pela assimilação simbólica das formalizadas práticas processuais em outras esferas políticas. Um exemplo pode ser visto na

430 DÉBORA BRASIL & CRISTINE MARCONDES, advogadas da AMPLA S/A, ex-advogadas da TELEMAR-OI S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 11 set. 2006.

431 TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. Para uma descrição longa sobre o conteúdo e o uso do conceito, cf. VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. Revista Escritos, n° 3, Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 2009, p. 249-281. Para uma crítica do uso conceitual de judicialização, cf.: MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 57, São Paulo, CEDEC, 2002. p. 113-133.

“tribunalização” dos processos administrativos ou legislativos (Comissões, etc). A segunda forma de judicialização ocorre pela decisão do Poder Judiciário sobre temas que estavam em outras arenas deliberativas da vida pública.

A expansão do Poder Judiciário tem efeitos diversos nos países centrais e nos países periféricos, como o Brasil. Tais diferenças derivam de um estatuto distinto de efetividade dos direitos civis, políticos e, principalmente, sociais. Em países que são marcados tanto por uma democratização recente e inconclusa, quanto pelas várias assimetrias na formação dos seus mercados, a força de ação dos indivíduos, em prol dos seus direitos, é muito menor. Assim, pressionados por uma Carta Constitucional que lhes outorga uma ampla gama de direitos e uma realidade que é amplamente desfavorável para implementação destes, as soluções políticas tradicionais se mostraram incapazes de resolver a equação que buscava um equilíbrio moderno entre deveres e direitos.

Para que este quadro fique mais completo, é necessário compreender com mais detalhes as propostas de retirada dos conflitos individuais da seara estrita dos juizados especiais cíveis. Eles seriam realocados, ainda nos tribunais, mas em sistemas de conciliação extrajudicial prévia, com o Projeto Expressinho. Ainda, a lógica que preside esta alteração acaba sendo muito mais calcada num discurso de pacificação, do que na noção de solução vertical, empreendida pelo exercício do poder estatal.

6.4.1 O acordo extrajudicial ou judicial como foco

De acordo com o magistrado atuante no cotidiano do juizado, o acordo extrajudicial ou pré-judicial é o foco do Projeto Expressinho.

Ele consegue evitar alguns tipos de demandas, como aquelas nas quais usualmente se faz acordo. Aquilo que o Expressinho consegue fazer é acordo, para evitar que vire uma demanda judicial. A quantidade de acordos, em termos percentuais, é muito pequena, mesmo aqui, onde o volume é grande. Geralmente a gente recebia ofícios pra esclarecer porque esse percentual era pequeno. Agora, eu não tenho recebido mais. Mas já recebi em épocas passadas.

[...] A finalidade precípua não é fazer acordo judicial, é fazer acordo extrajudicial e auxiliar o juizado a suportar a demanda. Isso ajuda o juizado, evitando demandas também. Eu acho que todo juizado tinha que ter um expressinho. Ainda é difícil porque isso envolve espaço. As empresas teriam de ter funcionários em cada Expressinho e é aquela história do custo-benefício. Há juizados com demandas muito menores, então não se justifica ter um expressinho lá pra atender mil pessoas. Aqui eu tenho quinze mil processos em andamento para uma distribuição de mil e setecentos ao mês, assim. Eu tenho uma população que precisa. Aqui,

especificamente, a maior parte das demandas é de Ampla e de operadoras de telefonia, como um todo. Não é só a Telemar. Eu não tenho um Expressinho de todas as operadoras de telefonia... O que seria o ideal! Enfim, eu só tenho da Telemar... Mas como esses dois Expressinhos representam o assunto que eu mais trato, eles me ajudam muito. Se todo mundo pudesse contar com um deles era bom. Mas infelizmente, essa é uma realidade distante que a gente espera que um dia se alcance⁴³².

Ela indica que as empresas poderiam atribuir mais poderes de negociação aos prepostos do Expressinho, de modo a que aumentasse o número de acordos:

Nesse ponto, o Expressinho podia ser mais atuante. Ele podia receber essas pessoas pra fazer um acordo, mas como há orientação da companhia, de não fechar acordo nesses casos nos quais chove processo na justiça. Se o Expressinho fosse atuante nesse sentido, isso seria muito melhor pra todo mundo. Inclusive para o funcionamento da Justiça. Eles sabem que o fato aconteceu, então poderia haver uma absorção disso do Expressinho!⁴³³

As empresas também indicam que o acordo com o consumidor é o foco que gostariam de imprimir ao Projeto, como esclarecem os seus advogados entrevistados:

Se eu fizer o acordo com o consumidor e houver homologação do mesmo, o próprio funcionário do Expressinho já pode dar o comando. Dentro do Expressinho a gente tem um funcionário do Tribunal ligado ao sistema da empresa. Ele abre as ordens e cada uma delas tem um prazo pra cumprimento. O que não puder ser executado imediatamente pela equipe técnica, no carro que fica no Expressinho, vai para o sistema. O funcionário acessa o sistema comercial da empresa. Normalmente essas ordens são rapidamente finalizadas. A ordem sai do juizado e os técnicos vão atendê-la de acordo com os termos do acordo que foi firmado. Se é pra restabelecer em duas horas... Será feito! Todas as empresas investem muito em tecnologia. Toda a frota técnica está preparada. A central liga e sabe que está na rota. O fato é que o serviço é realizado rapidamente. Quando o problema do consumidor é factual, com certeza o Expressinho é um excelente caminho para dar um atendimento sério e eficiente ao consumidor. Ele gera, ainda, economia para empresa, para o consumidor e para o Judiciário. Isso é uma verdade incontestável⁴³⁴.

Eles continuam listando que a conciliação entre o consumidor e a empresa possui um significado muito positivo. Entretanto, a noção de acordo da empresa envolve apenas a resolução do problema. Um exemplo seria a luz cortada indevidamente. A resolução passaria

432 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, Entrevista, São Gonçalo, 17 nov. 2006.

433 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, Entrevista, São Gonçalo, 17 nov. 2006.

434 DÉBORA BRASIL & CRISTINE MARCONDES, advogadas da AMPLA S/A, ex-advogadas da TELEMAR-OI S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 11 set. 2006.

tão somente por religar rapidamente a energia. O mesmo seria com o corte indevido de uma linha telefônica. Ao que indicam as entrevistas, todos os dois conjuntos de interessados que se situam na ponta do Projeto postulam o mesmo objetivo primário: o acordo. No entanto, a quantidade de acordos tem diminuído evidentemente. Há que se buscar uma origem no fenômeno.

Do cotejamento dos dois pontos de vista, é possível localizar a existência de uma visão distinta acerca do processo de conciliação. Enquanto o magistrado frisa que o acordo é o final do processo judicial, ele também anota que existe a necessidade de uma punição à empresa que foi instada pelo Judiciário a corrigir uma conduta - fosse tal final constituído por uma pequena multa, fosse ele marcado pela incidência de juros moratórios no caso do atraso na solução. Há uma divergência fundamental em relação ao fim do processo, nas duas visões que serão indicadas na próxima parte.

6.4.2 A falta do acordo como culpa

O maior transtorno para a realização efetiva do Expressinho, como um elemento de diminuição da pressão das demandas, na fala dos advogados da concessionária e dos magistrados, é a diminuição da quantidade de acordos. Porém o diagnóstico dos dois possui uma peculiaridade. Os magistrados indicam que deveria haver mais poder de negociação para os prepostos de modo a aceitar pequenas multas, por exemplo. Isso seria uma vantagem, tendo em vista que a condenação pode gerar um dano moral acessório que encarece a derrota.

Outro ponto de grave conflito é a existência do dano moral. Como indicado antes, fica evidente que as empresas consideram que o acordo extrajudicial não deve possuir multa ou outro encargo. Não é esta a visão dos juristas e dos juízes sobre o tópico, como indica o magistrado entrevistado:

Existem vários artigos acadêmicos mencionando que o inadimplemento contratual pode gerar dano moral. Vou dar um exemplo. A empresa tinha que enviar um fatura de 500 reais. Mas mandou uma fatura de 800 reais. Isso ocorreu uma vez... E foi retificado! Gera dano moral? Não, a empresa retificou. Foi um erro do sistema. Agora, se todo mês a empresa não manda a fatura direito e a pessoa não consegue efetuar o pagamento de 500 reais? E fica inadimplente por isso? Logo, por conta da fatura que ela não recebeu devidamente, que era uma obrigação da empresa... A pessoa acabou pagando juros! Nesse caso, sim, existe um dano moral. Isso ocorre porque a pessoa tem um aborrecimento que supera o razoável. Todo mês ela tem que ligar. Hoje em dia, existem essas operadoras de telemarketing nas empresas. Elas,

em média, não são bem preparadas. Logo, elas não resolvem o problema. Elas se limitam a registrar uma ocorrência. Mas, no fundo, ninguém resolve o problema⁴³⁵.

Porém, para as empresas, o grande problema é a ação de representantes judiciais para os consumidores. Na fala contrariada dos representantes da empresa:

Mas a gente vem acompanhando uma mudança de cenário nos últimos tempos, nos juizados. O perfil do consumidor que hoje procura o Judiciário está mudando. É uma experiência anterior que trouxe da outra empresa na qual trabalhei. O consumidor que procura o Juizado Especial...a grande maioria, já não vem mais desacompanhada do advogado. Isso é uma característica que dificulta muito a negociação. Então, o índice de acordos que vêm sendo celebrado no Expressinho tem diminuído bastante⁴³⁶.

O magistrado possui uma visão um pouco distinta da conduta dos advogados, em especialmente, dos jurisdicionados que possuem assistência jurídica:

Há diferenças. É claro que as pessoas que tem acesso ao advogado, possuem uma conduta distinta. Esse jurisdicionado já vem com a orientação de como se portar. O que é para falar... Enfim, o que é importante para causa dele. Ele não vai contar os detalhes que não importam. Ele tem um fato a ser solucionado e vem para cá para tratar daquele fato. Mas uma pessoa que vai ao expressinho, está sem advogado... Sempre! Se ela tivesse advogado, talvez ela nem fosse ao Expressinho. Afinal, o advogado iria resolver o problema. Esse jurisdicionado não tem um advogado e usualmente vem sem a documentação necessária. Ele é mais “perdido”. Ele chega e quer resolver um problema.. Às vezes, ele nem entende o que está acontecendo. Ele recebeu faturas que ele não consegue entender o porquê de estar sendo cobrado por aquilo. Ele chega e fala: “isto aqui está errado, eu já paguei”. Mas nem ele sabe muito bem onde está o pagamento... Onde está a prova do pagamento? A gente tem que ficar procurando junto com ele: “espera aí; deixe-me olhar as suas faturas”. Fato é que nem sempre aquilo vem “mastigado”. Que é bem diferente da pessoa que procura a gente no processo. Quando a pessoa vem com o advogado aqui, já vem mais mastigado, quando vem pelo primeiro atendimento, recebe a orientação lá, mas depois vem sozinha na audiência, e chega aqui perdida. A gente tem que ajudar. Olhar as faturas, vê o que aconteceu no caso. Aí eu peço para ela contar a história e com os documentos que ela junta eu vou vendo, às vezes fica faltando a fatura que eu mais preciso para ver o que ela está falando é verdade ou não, essa ela não juntou. Por quê? Porque o primeiro atendimento não pediu para ela, devia ter pedido. Então, a pessoa que vem para o Expressinho, vem com essa falha... Já quem vem com o advogado, não tem. Com o advogado, não... “Vou precisar dessa fatura, isso aqui não tem nada haver com o caso, a gente pode tirar”. Ele vem com as coisas mais certas, a gente consegue ver mais fácil. O jurisdicionado do Expressinho, não. Mas, às vezes, a pessoa vai e volta duas vezes para poder acertar. ”Oh dona fulana, a senhora não trouxe justamente a fatura de março que eu mais precisava, a senhora

435 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, Entrevista, São Gonçalo, 17 nov. 2006.

436 DÉBORA BRASIL & CRISTINE MARCONDES, advogadas da AMPLA S/A, ex-advogadas da TELEMAR-OI S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 11 set. 2006.

tem como buscar? Às vezes ela vai buscar no mesmo dia. Ou, a pessoa volta no dia seguinte. Às vezes uma pessoa gera vários atendimentos, até a gente conseguir acertar a sua vida. Mas a diferença que eu sinto é relacionada com provas. É o fato dela, primeiro, contar qual o problema dela, porque às vezes ela não consegue passar e depois quando a gente consegue entender qual o problema dela, as vezes a prova está deficitária⁴³⁷.

A visão do magistrado é a de que o advogado ajuda a preparar a demanda, formatando o pedido e dele tirando elementos inúteis para a compreensão do problema. A concepção dos advogados da empresa é clara: o advogado do consumidor instila uma cultura em prol das indenizações:

Para o Expressinho funcionar bem, precisaria acabar essa cultura da indenização desenfreada nos processos de massa. Eu estava conversando com um juiz e ele falou: “Talvez a gente tivesse que fazer um Expressinho itinerante. Não fixo em determinados juizados”. Aconteceu alguma coisa excepcional e o Tribunal manda o Expressinho para lá. Mas, infelizmente os advogados são mais rápidos que a empresa e o Poder Judiciário. O grande objetivo do Expressinho, desde o início que eu acompanhei, era exatamente resolver o problema judicial e não fomentar a indenização despropositada. Então, no Expressinho se negocia, cancelando uma conta, dando crédito numa conta futura, parcelando um débito, em condições mais favoráveis para o consumidor. São ações mais flexíveis realmente, que o consumidor sabe que não conseguiria num atendimento comercial. É óbvio que se tem que ter uma flexibilidade um pouco maior. Embora a gente insista que não quer valorizar esse canal para o cliente em geral. Ele é usado somente para tentar fazer o cliente procurar a empresa ao invés da Justiça. Mas a gente tem uma margem para negociar. Mas o objetivo não é ficar negociando. Essa perspectiva de futuro é o consumidor voltado para a perspectiva de atendimento. Na hora que o consumidor voltar para o núcleo de atendimento, o Expressinho volta a ser uma força maior⁴³⁸.

Ele é descrito como um predador pela concessionária:

A gente ainda brinca que a figura do advogado de porta de cadeia virou a figura do advogado de porta de juizado. Afinal é muito comum. O fato é que existem advogados que ficam parados na porta do juizado esperando o cliente ir lá procurar o núcleo de primeiro atendimento: “O senhor está desacompanhado e precisa de um advogado? Eu sou o Dr. Fulano”. Ele entrega o cartãozinho e automaticamente busca capturar aquela demanda. Atualmente é raro que a gente veja processos sem advogados. Só raramente e em localidades que concentram um número grande de demandas. A gente vem acompanhando essa curva... Esse dado é nítido na nossa base de processos. É um fenômeno claro. Essas demandas vêm acontecendo dessa forma, o que é contraditório com a essência do Juizado Especial, que é facilitar o

437 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, Entrevista, São Gonçalo, 17 nov. 2006.

438 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, Entrevista, São Gonçalo, 17 nov. 2006.

acesso à justiça. O objetivo pensado do JEC era fazer com que a pessoa pudesse litigar sozinha, justamente para facilitar⁴³⁹

O ponto nodal é que, para a concessionária, o advogado se apresenta com um interesse impossível de ser equacionado. Ele não transigirá da perseguição de uma indenização porque, afinal de contas, subsiste delas. Ainda mais, eles farão uso dos juizados especial cível como um espaço profissional, ou seja, como um meio de vida e andamento na sua carreira. É bastante relevante notar que a noção de indenização – relacionada com a sucumbência, a derrota – é descrita como se fosse pouco usual ou estranho ao sistema judiciário:

Uma boa parte da demanda que a gente recebe lá é patrocinada por advogados locais; ou seja, são pessoas que nem passam pelo Expressinho. O que acontece? O consumidor busca o Expressinho porque ainda não está com esses advogados que estão buscando e patrocinando esse tipo de processo. Entretanto, quando o consumidor está no corredor do fórum, escuta: “Ah, mas o fulano está ganhando ‘x’ de indenização”. É o maior desestímulo ao Expressinho que poderia existir! Então, a gente está vivendo um momento muito sensível nas empresas. A empresa – eu tenho certeza – acredita que precisa prestar um serviço impecável. Que se hoje existem demandas no Judiciário é porque ainda há alguma falha na nossa operação. Em nenhum momento, a empresa vai se eximir da responsabilidade. Isso é transparência! A gente conversa. A gente visita os juizes. A gente conversa com a população... A gente também percebe que, de uma parte muito grande dos assuntos que chegam ao Judiciário, simplesmente só há a busca pela indenização. Não há a perseguição na resolução de um problema e de um fato. Esse é outro elemento que a gente percebe muito. O que mudou? Hoje, a maioria esmagadora das demandas no juizado – eu não vou falar que 100%, mas eu chuto 98% – não tem um problema genuíno da má aplicação do serviço. Então, não há problema a ser resolvido. Existe somente um grande incentivo a se buscar uma indenização⁴⁴⁰.

A sucumbência, mesmo em juizados especiais cíveis, é prevista normativamente. Ela faz parte da lógica do sistema processual brasileiro. Em outros países, o advogado é remunerado exclusivamente pela parte, sem que haja a possibilidade de que ele se nutra da parte derrotada. Todavia, o sistema brasileiro optou por esta característica. O curioso é notar que ela é descrita como algo pouco exatamente por advogados; todavia, empregados da empresa concessionária.

439 DÉBORA BRASIL & CRISTINE MARCONDES, advogadas da AMPLA S/A, ex-advogadas da TELEMAR-OI S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 11 set. 2006.

440 DÉBORA BRASIL & CRISTINE MARCONDES, advogadas da AMPLA S/A, ex-advogadas da TELEMAR-OI S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 11 set. 2006.

6.5 Considerações intermediárias: custo judicial da regulação e a cultura jurídica

A resolução de conflitos judiciais é cara para o país. Além das questões atinentes ao fato de serem derivadas de uma fragilidade democrática e do fraco desempenho dos Poderes Executivo e Legislativo, há o problema de que a prestação jurisdicional de algumas querelas poderia ser realizada de outro modo. Pode-se inferir por dados da pesquisa nacional, fomentada pelo Conselho Nacional de Justiça sobre o funcionamento do Poder Judiciário, que o custo da Justiça no Rio de Janeiro se apresenta em proporção equivalente à média do país. O custo do sistema judiciário estadual por habitante médio do país é de R\$ 68,57 anuais, ou 1,13% do Produto Interno Bruto do país:

Quadro 41 – Percentual dos custos do Poder Judiciário (2004)

Unidade da Federação	Custo do Judiciário como percentual sobre despesa total do Estado	Custo do Judiciário como percentual sobre PIB do Estado	Despesa total do Judiciário por habitante do Estado
Distrito Federal	0,09 %	1,75 %	R\$ 347,21
Rio de Janeiro	5,05 %	0,64 %	R\$ 91,32
São Paulo	4,23 %	0,50 %	R\$ 69,88
Média (Brasil)	5,04 %	1,13 %	R\$ 68,57

Fonte: BRASIL: CNJ. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2004.

Outro indicador interessante é a quantidade de magistrados alocados sobre o total de juízes das várias unidades da Federação. Ele demonstra como o sistema dos juizados especiais cíveis absorve uma grande quantidade de pessoal qualificado, que poderia estar alocado em funções distintas dentro do aparelho judiciário:

Quadro 42 – Magistrados em JEC (2004)

Percentual de magistrados em Juizados Especiais Cíveis	2004		
	Total	JEC	%
Distrito Federal	253	43	16,9
Rio de Janeiro	954	94	9,8
São Paulo	1.693	35	2,0

Fonte: BRASIL: CNJ. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2004

Vale notar que esta ordem de coisas tem feito com que os juizados especiais sejam espaços privilegiados para a inovação administrativa. Da sua importância crescente – expressa também pelos custos que representam – advém a necessidade de modificações e

produtividade. Desta forma, a pressão pela demonstração de resultados se intensificou bastante neste segmento do Poder Judiciário. A visão da magistrada, localizada na ponta do sistema e em contato com o cotidiano, evidencia isto:

O Expressinho tem uma importância muito grande em juizados. Apesar de, em números percentuais, não parecer ser a solução. Se você avaliar o projeto somente pela quantidade de acordos que eles fazem, será um número baixo... Não chegará a 20%. Quando a quantidade é abaixo de 30%, o Tribunal manda um ofício para gente... Mas, se for comparar a quantidade de atendimentos, o número é muito maior do que isso. [...] Quando recebia um ofício do Tribunal cobrando a produtividade do projeto, eu demandava ao Expressinho: “Quero as estatísticas que vocês têm”. Perguntava: “O que vocês estão atendendo? Por que está tão pequeno o número?”. Eu repassava a cobrança, explicitando que o Tribunal estava cobrando. Eles me mostraram que, para a estatística do Expressinho, só havia contagem quando terminava em acordo. Quando era um atendimento, tal como a solução de uma dúvida, eles não contavam. Eu falei: “Vocês têm que contar isso, do contrário vai parecer que vocês estão ociosos e isso não é verdade!”. [...] A administração do Tribunal dá as diretrizes para os juizados sobre o Expressinho. Os juízes têm que cobrar deles. Como é que tem que ser feito, mais ou menos, um acordo, por exemplo. Eles dão as diretrizes, mas não estão aqui todo dia para verificar o que acontece. Então por exemplo, essa história da estatística do Expressinho para acordos ser baixa... Não é a estatística do juizado. O juizado recebe 1.700 processos distribuídos, todo mês. Eu posso julgar, por exemplo, milhares de ações. Posso despachar milhares de processos. A minha estatística nunca vai ser baixa. Eu falo de ofícios cobrando em relação apenas ao Expressinho, vamos deixar isso bem esclarecido. A quantidade de acordos era baixa e continua sendo. O que acontece? Quando se passou a incluir os atendimentos da população nessa estatística, acabou o recebimento de ofícios. Por quê? Porque a fila aumentou! Para o Tribunal, então, a situação está satisfatória. A gente recebe uma demanda grande. Nem sempre aquilo resulta em acordo. Muitas vezes é uma somente uma explicação à parte... Muitas vezes, foi somente uma fatura que realmente veio com erro. O Expressinho imprime outra fatura e dá para o consumidor pagar. Acabou o problema! A multa é cancelada e isso não gerou um acordo. Eu comecei a falar com eles: “Você deve documentar tudo o que aconteceu, mesmo que seja pra atender, tirar uma dúvida, etc. Se a moça vem tirar uma dúvida da fatura, e você não prestou nenhum ato, como uma fatura, não precisa documentar”. Algum trabalho acaba não contando: “Essa aqui é a cobrança do mês de janeiro e essa de fevereiro, por isso que a senhora recebeu duas; mas não têm que pedir outras faturas; aquelas estão corretas”. A consumidora vai sair dali satisfeita, mas o Expressinho não pode documentar porque não houve um ato. [...] Voltando à pergunta anterior da fiscalização do tribunal, quando eu disse: “O tribunal não está aqui todos os dias”. É impossível estar presente em todos os Expressinhos. É para isso que eles têm os seus juízes. Nós juízes somos aptos a fiscalizar. Mas o tribunal controla justamente através de estatística, que é meio que ele dispõe. É o mesmo tipo de que a fiscalização que se faz com a gente. Por que um juiz deu 100 sentenças, o outro deu 500 e o outro de 1.000? Esse de 100 tem um problema! Se todos trabalham em varas semelhantes, é necessário entender essa diferença. O Tribunal manda um ofício para que o juiz esclareça. Pode ser que ele diga: “Eu dei uma quantidade menor porque naquele mês eu me dediquei a fazer os recursos e outras coisas.” Tudo bem! Mas se aquilo repetir, ou seja, se o juiz continuar abaixo da média, com certeza a fiscalização vai lá! Acontece no Expressinho também. O Tribunal tem como saber que a gente está atendendo, que nossa demanda é grande. Seria impossível percorrer todos os juizados, todos os

meses. Ainda que fosse um dia em cada juizado, não daria. Até porque em um dia, não se vê o que acontece no dia a dia. Às vezes aquele dia pode ser atípico. Estatística é o mecanismo de fiscalização!⁴⁴¹

Da necessidade de produzir respostas surgem inovações como o Expressinho. O ponto central da questão é como fornecer soluções padronizadas sem perder atenção ao sentido de responsividade e à demanda por uma justiça substantiva. Não se trata, portanto, tão somente de oferecer uma prestação jurisdicional. Mas, ao mesmo tempo, responder com uma análise para além do formal, em termos de justiça.

A pressão por resultados gera decisões padronizadas. A informatização já está gerando uma evidente cultura de “recorta e cola eletrônico”. A produção de petições iniciais, contestações, réplicas, pareceres do Ministério Público e sentenças passam a ser realizadas em formulários pré-formatados em arquivos. Não se está muito distante do momento no qual o processo judicial se realizará por meio de formulários eletrônicos, com base no preenchimento de campos. Algo poderá ser perdido – em termos de substância – neste processo? De acordo com o magistrado da Corregedoria-Geral:

O ISO tem por finalidade garantir a qualidade, de criar uma padronização e não de vender mais. É um fator extremamente positivo do Judiciário, o que faz com que a administração seja mais organizada, podendo até mesmo ser comparada e trabalhada como uma grande empresa criando assim certa mobilidade. Com a padronização se ganha uniformidade. O que se quer na verdade é que o processo ande rápido. Mas, para todo mundo. A pior coisa para a Corregedoria é que um processo ande mais rápido que o outro, pois será necessário que se prove porque isto aconteceu. O ISO vem a evitar isso, criando num primeiro momento um processamento adequado. Em seguida, busca-se um padrão de qualidade razoável, ganhando com isso eficiência e democratizando o poder público. Na verdade, o que se obtém com isso é a extração do princípio constitucional da impessoalidade. Afinal, se o sistema de padronização funcionar, o Judiciário prestará um serviço jurisdicional mais igualitário e justo⁴⁴².

A concepção expressada pode gerar certa perplexidade pois o raciocínio induz a constatação de que o recebimento de uma decisão – independentemente do seu conteúdo – fará a produção do justo.

441 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, Entrevista, São Gonçalo, 17 nov. 2006.

442 FLÁVIO CITRO, magistrado da Corregedoria-Geral de Justiça, Entrevista, Rio de Janeiro, 23 out. 2006.

A demanda por inovação, combinada com a concepção de empreendedorismo necessário, faz com que os gestores do Poder Judiciário comecem a intentar soluções a partir de soluções, como um Judiciário “sob demanda” para atuar em casos específicos:

Um bom exemplo é a questão da contaminação do Rio Pomba. A empresa não tinha nenhuma ação em juizado especial. De uma hora para outra, ela passou a ser ré em diversos processos. Um juizado especial pequeno passou a receber diversos processos tendo apenas treze funcionários para atender toda essa demanda. Com a conscientização do cidadão quanto aos seus direitos perante o Poder Judiciário e a facilidade de acesso que este passa a ter, o número de processos que chegará àquele juizado será triplicado, mantendo o mesmo número de funcionários para realizar todo este trabalho. O que fazer para combater esta situação? O Expressinho começa a dar a oportunidade de criar um instrumento para conter o número de demandas para não ter que ampliar a estrutura do Judiciário de forma proporcional para aquele aumento tópico de demanda⁴⁴³.

Ainda assim, a taxa de congestionamento dos juzizados especiais cíveis é bastante elevada, conforme calculado na referida pesquisa. O que demonstra que as demandas possuem tendência de crescimento. Pode-se depreender que o sistema está esmagado, e a proposta dos mecanismos de conciliação extrajudicial prévia se apresenta como uma solução para o dilema dos custos causados pela prestação destes serviços privatizados (como telefonia e distribuição de energia elétrica, dentre outros). Existem dois dilemas na introdução desta solução. O primeiro diz respeito à própria noção de transação, ou seja, das condições de realização de um acordo em uma esfera judicial apenas em sentido lato. Fora da observância direta do sistema judiciário, pode haver o risco de que os reclamantes tenham diminuição na sua capacidade de negociação, ou seja, que os acordos pré-fixados, tenham prevalência pela força dos advogados das empresas. A negociação poderia tornar-se apenas uma última instância do sistema de atendimento ao consumidor das empresas, enfim. O segundo dilema diz respeito ao potencial negativo da interação entre as empresas reguladas e o Tribunal (seja na figura de magistrados, de serventuários ou de agregados como conciliadores e juízes leigos). Até que ponto a permeabilidade das visões das empresas pode sobrepujar uma visão de proteção da esfera dos direitos dos consumidores, que é facilmente depreendida da fala do magistrado do cotidiano.

Por fim, pode-se mencionar que uma questão irresolvida, que é central, se localiza na ausência de um espaço protetivo aos interesses desorganizados dos consumidores perante os

443 FLÁVIO CITRO, magistrado da Corregedoria-Geral de Justiça, Entrevista, Rio de Janeiro, 23 out. 2006.

serviços públicos privatizados. Isto pode decorrer da fragilidade da agência reguladora setorial; ou, ainda, das dificuldades de institucionalização de mecanismos processuais. O fato é que o estímulo à atuação da defesa do consumidor, por vias coletivas, seria um caminho realmente importante para resolver dilemas que são, na verdade, de definição de políticas públicas para o país.

CONCLUSÃO

O objetivo analítico do presente trabalho pode ser sintetizado numa conclusão geral: o Poder Judiciário exerce mais do que um simples poder de veto na formação das políticas públicas. Ele contribui para a sua reconfiguração. Com a sua atuação negativa, abre-se uma porta de legitimidade para a postulação de alterações na regulamentação vigente que não podem ser desvinculadas da ação judicial. Logo, para tomar a menção de Marc Galanter, adaptada por diversos juristas da área de Direito e Sociologia: a justiça e a regulação ocorrem em muitos espaços⁴⁴⁴. O caso das mudanças no setor brasileiro de telecomunicações é elucidativo. É certo que a ANATEL adequou regulamentos após a observação da vaga judiciária de reação às mudanças havidas nas privatizações. Isto ocorreu por uma variada gama de fatores. No entanto, o principal motivo causal é a legitimidade social alcançada pelo espaço judiciário como meio de resolução de conflitos, que se expande por sobre outros poderes da República. Em matéria jornalística bastante recente, pode-se confirmar a intuição de que os juizados especiais formam o privilegiado canal de perseguição de resultados pelos consumidores em suas demandas:

Os cariocas não estão deixando barato para as empresas que insistem em desrespeitar seus direitos. Às vésperas do Dia Mundial do Consumidor, 15 de março, O Globo constatou que, no Rio de Janeiro, a Justiça tem sido considerada o caminho mais curto para corrigir os abusos. De 2009 para 2010, o número de ações sobre relações de consumo nos Juizados Especiais Cíveis do Rio cresceu 14%, passando de 440.028 para 501.868. No mesmo período, o acervo geral de processos teve um aumento de apenas 0,49%. Em 2010, 67% das ações nos juizados eram da área de Direito do Consumidor. Este ano, nos dois primeiros meses, foram propostas mais de 74 mil ações. O que significa que, a cada dia útil, foram abertos mais ou menos, 1.682 novos processos nos juizados do Rio⁴⁴⁵.

Na matéria, é relatada a opinião do Presidente do Tribunal de Justiça que considera os fatores subjetivos – escolaridade e conscientização de direitos – como preponderantes para explicar o aumento de demanda ao sistema de juizados. No entanto, a análise do juizado

444 GALANTER, Marc. Justice in many rooms: courts, private ordering, and indigenous law. *Journal of legal pluralism*, n. 19, p. 01-47, 1981.

445 CASEMIRO, Luciana; SAMPAIO, Nadja. Cariocas vão à justiça por seus direitos: número de processos sobre consumo nos juizados do Rio cresceu 14% em 2009 para 2010 – por dia, são 1.682 ações. *O Globo*, Caderno Economia, Coluna Defesa do Consumidor, 13 mar. 2011, p. 30.

especial, em comparação com os demais canais, demonstra que a decisão judicial possui uma força de execução que é ausente em reclamações administrativas e outras soluções. Ainda, a ação no rito do juizado é despida de custas judiciais, bem como pode gerar indenizações, algo inexistente nas reclamações aos sistemas das empresas e à ANATEL.

Uma solução – sempre apontada – para fugir do problema do colapso dos juizados é a expansão das ações civis públicas. A questão central retorna ao problema dos incentivos. Como será realizada a compensação de eventual dano individual? As advogadas da empresa concessionária indicam esta questão como um óbice:

Só que essa solução da ação coletiva, seja por meio de uma Associação de Consumidores, seja por meio do Ministério Público, seria o melhor caminho. O problema é que ela não satisfaz o anseio dos consumidores e dos advogados pelo dano moral. Se o problema fosse melhoria da qualidade da prestação de serviço, as pessoas procurariam o Ministério Público ou alguma associação; ou procurariam até algum outro órgão representativo para entrar com a ação conjunta. As empresas teriam que efetivar a solução do problema. Tudo seria contornado! Mas as pessoas querem uma indenização! Essa indenização só pode ser obtida por meio de uma medida jurisdicional, infelizmente⁴⁴⁶.

Contra a equivalência funcional entre os juizados e as ações civis públicas, existe o problema da execução das decisões judiciais em sede de ações coletivas, que carece de melhor definição jurídica, dentre outros problemas. Ao que parece, a substituição jurídica da massa de litigância individual por algumas ações civis públicas parece distante como um sonho. A magistrada entrevistada para a pesquisa mencionou:

Uma ação coletiva teria que ser ajuizada no Tribunal. Eu sou cética. Em um caso desses, a ação teria que ser ajuizada pelo Ministério Público, em prol da comunidade. O problema é que, os tribunais vão dizer que o MP não tem legitimidade, porque são todos interesses individuais homogêneos. Ou, ainda, que não são pessoas protegidas pelo Ministério Público, pois não são incapazes. Logo, são pessoas que não estão em nenhuma das hipóteses de intervenção ministerial. Então, vai acabar sendo negada a legitimidade do MP pra esse caso. Eu já vi acontecer! Nesse caso, o promotor nem entrou. Eu não vi o Ministério Público entrar com ação para algum desses casos. Mas acredito que, se entrasse, aconteceria isso, porque na verdade a lesão é mesmo individual. Nesse caso, a lesão é individual. Não é algo que afeta o meio ambiente, não gera efeitos como um todo. É algo que acontece dentro do domicílio de cada um. Os outros magistrados vão poder dizer que é um interesse individual homogêneo. Se fosse caso de tutela coletiva, seria mais útil evitar a enxurrada de ações⁴⁴⁷.

446 DÉBORA BRASIL & CRISTIANE MARCONDES, advogadas da AMPLA S/A, ex-advogadas da TELEMAR-OI S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 11 set. 2006. Ficha 239.

447 ANA PAULA PONTES CARDOSO, magistrada no juizado especial cível de Alcântara, Entrevista, São Gonçalo, 17 nov. 2006. Ficha 172.

Outro magistrado, experiente na área de direitos dos consumidores e dos juizados especiais, indicou a falta de experiência nos instrumentos coletivos de tutela judicial:

Há um efeito perverso para o consumidor, também, pelo prisma formal. É claro que se tem a possibilidade legal de ajuizar uma ação individual após haver uma sentença de improcedência numa ação coletiva. É o caso dos pulsos excedentes e da ação coletiva sobre assinatura básica. Entretanto, a improcedência pelo Ministério Público, Defensoria ou uma associação, gera um precedente negativo muito forte. É lamentável que não haja experiência para julgar estes tipos de demandas coletivas⁴⁴⁸.

O mesmo magistrado mostra-se cético com a efetividade da ação coletiva pela dificuldade de utilização dos instrumentos jurídicos existentes pelos atores. Ele considerou que a questão central seria a definição do agente jurídico que pudesse exercer a titularidade destes direitos:

Observa-se a prova cabal da falência da solução coletiva. A legislação é hábil. Mas o brasileiro não tem espírito associativo. Logo, a possibilidade de aglutinar todos os interesses e resolver em uma só ação, se mostrou inútil. A inutilidade decorre de que a demanda ficou dependente e condicionada à titularidade pelo Ministério Público. No conjunto dos agentes jurídicos, ele ficou reconhecido como o que teria representatividade adequada. Daí se teve uma reação por parte do próprio Poder Judiciário começando a separar o que poderia, ou não, ser utilizado como objeto de titularidade do Ministério Público. Por exemplo, foi excluída muita coisa relacionada à área de tarifação e tributação. Todas essas ações foram extintas por ilegitimidade ativa do Ministério Público, entendendo que o tema não era interesse da coletividade. Assim, não seria um interesse que podia ser capitaneado pelo Ministério Público, porque não seriam direitos individuais e homogêneos. O caso evidente é a questão da assinatura básica, por exemplo. As ações sobre impostos, como o ICMS, também. A Defensoria Pública tentou, mas não logrou êxito. A questão central é que não se tem associações autênticas que sejam representativas da classe dos consumidores. O que se tem, na verdade, são escritórios de advocacia e essas associações são dominadas por estes mesmos escritórios. Com isso, o próprio juiz fica com receio⁴⁴⁹.

Isto não quer dizer que, no futuro próximo, as ações coletivas não possam exercer um papel fundamental para diminuir a pressão nos juizados especiais cíveis. Porém, no curto horizonte, esta possibilidade é pouco provável. Outra solução sempre indicada seria o

448 FLÁVIO CITRO, magistrado da Corregedoria-Geral de Justiça, Entrevista, Rio de Janeiro, 23 out. 2006. Ficha 197.

449 Idem 198.

fortalecimento do sistema de resolução de conflitos das agências. Um experiente advogado do setor de telecomunicações relatou:

Eu acho que o Estado deveria ter um órgão administrativo para resolver conflitos. Resolver esses conflitos sem que houvesse uma litigiosidade judicial. Porque é muito complicado e tem casos que você não resolve por juizado judicial. Eu acho que a agência poderia servir como um órgão de fiscalização, como o exemplo que eu te dei, da ouvidoria. Eu acho que poderia ser. Não que o Estado tivesse necessariamente essa função. Mas, do pouco que eu conheço da Agência, eles têm ojeriza a isso⁴⁵⁰.

Essa solução converge com a intuição de pesquisa, cujo trabalho foi disponibilizado no site do Centro de Estudos sobre Direito e Sociedade (CEDES). Neste estudo, os pesquisadores Marcelo Pereira de Mello, Delton Meirelles e Luiz Claudio Gomes indicam uma conclusão parecida com a do advogado sobre o problema. Após realizar pesquisa de campo e constatar o evidente predomínio das querelas de consumo nos Juizados Especiais Cíveis de Niterói, eles indicam:

É possível imaginar que, sem ações contra as operadoras de telefonia e eletricidade, por exemplo, caso as agências reguladoras assumissem a integridade das suas funções fiscalizadoras e não apenas reguladoras, o montante dos serviços apresentados à sociedade pelos Juizados Especiais se reduziriam em cerca de 80% anuais⁴⁵¹.

Afora a indicação precisa de redução, em conclusão contínua, eles localizam duas vantagens de uma redução deste gênero de demandas, pela “ação fiscalizadora das agências”. A primeira seria que o prestígio dos juizados aumentaria em relação ao Poder Judiciário como um todo:

O impacto desta redução expressiva da quantidade de feitos destes Juizados, frequentemente utilizada pelos juizes para invocar a extensão e a legitimidade dos seus serviços junto aos seus jurisdicionados, repercutiria seguramente nas pretensões e demandas destes institutos jurídicos frente aos demais órgãos do Judiciário, afetando-os desfavoravelmente na distribuição interna de poder, especialmente dos magistrados diretamente envolvidos em seu funcionamento e expansão.

450 ALEXANDRE JOBIM, advogado do setor e membro do Conselho Consultivo da ANATEL, entrevista, Brasília, 18 out. 2006. Ficha 110.

451 PEREIRA DE MELLO, Marcelo; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; GOMES, Luiz Claudio. Juizados especiais: entre a legalidade e a legitimidade – análise prospectiva dos juizados especiais da comarca de Niterói (1997-2005). Boletim do CEDES, jul. 2009. 30 p. Disponível: <http://cedes.iuperj.br>. Acesso: 29 jul. 2009.

A segunda seria que os juizados especiais cíveis poderiam, então, descobrir a sua verdadeira potencialidade, que teria submergido nas querelas de consumo, pretensamente:

Em nosso ponto de vista, a redução desta demanda possibilitaria aos Juizados Especiais experimentarem, com mais intensidade, todas as possibilidades de resolução de conflitos que foram originalmente oferecidas pela lei que os criou (p. 22).

Este é um bom ponto para debate porque demonstra o desconhecimento sobre o funcionamento das agências reguladoras e das dificuldades de seu encaixe no modelo político brasileiro, com atenção ao direito. Mesmo que a agência tivesse motivação para autuar as empresas com potência, seria improvável uma vitória de curto prazo. Já foi tratada, anteriormente, a dificuldade do transplante institucional do modelo dos Estados Unidos da América. A realidade contextual e jurídica donde provém o seu modelo histórico de “autoridade administrativa independente” ou, ainda, “órgão autônomo com poder quase-judicial e legiferante” é radicalmente distinta da brasileira. Isto pode ser indicado por dois pontos. O primeiro é o seu encaixe com a produção normativa regulamentar (poder legiferante). O segundo é a sua autonomia em relação às autoridades judiciais.

Ademais, cabe mencionar que a noção de respeito ao direito vigente traz consigo problemas interessantes. Ao observar a luta dos consumidores em relação à regulação de telecomunicações, verifica-se que todas as partes em litígio brandem o “discurso do direito”. Chega-se ao ponto máximo de ser possível localizar a fina divergência em relação à prevalência de princípios, na interpretação de regras, como demonstrado anteriormente. Podem ser cotejados os “princípios do direito das telecomunicações” contra os “princípios do direito dos consumidores”. É o mundo contemporâneo. Para visualizar um exemplo, o direito à modicidade tarifária foi contrastado com o direito à manutenção dos termos do contrato de concessão avançado na privatização. O interessante é identificar que a luta contra determinado direito pressupõe a elaboração de um discurso insurgente fundado em outro direito.

Neste mundo social e político em que o direito passa a ocupar a centralidade em relação às demais instituições republicanas, emergem duas últimas questões. A primeira é evidência do engate entre política e direito, em um contexto que lembra certa americanização do Direito brasileiro, tendo por base o fortalecimento do papel da jurisprudência como um forte meio de definir o direito. Porém, o ponto central é que tal definição, mais e mais, escapa a mera fixação no caso concreto, para determinar “teses jurídicas”. Tais teses, definidas em

acórdãos dos tribunais superiores, tornam-se repositório central para a ação das demais instâncias do Poder Judiciário, bem como para a ação do Poder Legislativo e do Executivo. No contexto no qual o direito é central e expande-se para searas onde não lhe era facilmente admitido espaço, a verticalização do Poder Judiciário se mostra como um problema. Afinal, será apenas um pequeno conjunto de ministros que determinará qual o real entendimento das “teses jurídicas” que são referidas às políticas públicas. O diagnóstico do fortalecimento do Poder Judiciário pode ter uma leitura positiva, já que o respeito ao direito é essencial para o fortalecimento da democracia contemporânea. Não obstante, ele comporta uma leitura cautelosa, na qual a centralização do mesmo poder decisório pode comprometer as demais instituições republicanas; ou seja, mais um elemento à adicionado à introdução de “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, de Werneck Vianna e outros⁴⁵². Não é somente o Poder Judiciário que, em si, oferta tal perplexidade. Mas, o tipo de Poder Judiciário que pode advir das transformações que estão em marcha, em especial, relacionadas ao problema da verticalização.

O segundo problema, imbricado, é a evidente absorção, por meio de transplantes institucionais, de um discurso relacionado ao quadro dos Estados Unidos da América. Há o clássico diagnóstico de Mauro Cappellletti acerca da convergência entre o mundo do direito romano-germânico e a tradição da “Common Law”, que está em marcha⁴⁵³. É claro que isto significa uma via de mão dupla. Ao passo em que se torna mais relevante o direito pretoriano na tradição continental, também aumenta a relevância do direito estatutário nos países do ramo insular. É evidente que há uma alteração sensível na produção doutrinária. Um autor tradicional no Direito Administrativo, como Celso Antonio Bandeira de Mello, insurge-se fortalmente contra a “americanização” deste campo do Direito, a qual considera mera dissimulação de erosão do Estado de Direito⁴⁵⁴. Como evidente, o ponto central ultrapassa a teoria do direito, alcançando a necessidade de estudos na área da Ciência Política e Sociologia. Para diagnosticar as interações intelectuais entre os juristas - que formam as redes de intercâmbio simbólico, de onde emerge uma doutrina jurídica em prol da proteção de tais

452 WERNECK VIANNA, Luiz; REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice. MELO, Manuel Palácios da Cunha; BURGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

453 CAPPELLETTI, Mauro. **The judicial process in comparative perspective**. Oxford: Oxford University Press, 1989.

454 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

alterações nas políticas públicas –, é necessária a cognição sociológica, como tem demonstrado Yves Dezalay e Bryant Garth⁴⁵⁵. Além disso, existem consequências políticas nesta conjuntura, já que isto significa um rearranjo do papel do direito, no debate existente entre as instituições republicanas e sociais, como demonstram Ugo Mattei e Laura Nader⁴⁵⁶. Em síntese, a conjugação das duas questões – o fortalecimento do vértice do Poder Judiciário, cominado com a mencionada alteração na cultura jurídica – abre possibilidades imprevisíveis. A única intuição possível é que a insurgência judicial na base do sistema continuará a ocorrer. Todavia, o potencial de fortalecimento de sua minoração somente poderá se acentuar com a expansão do poder de uma cúpula. O único caminho a ser percorrido pela cidadania é aquele que vem sendo contornado socialmente há muito: expandir a ação em prol dos direitos para ativar dimensões da vida cidadã que estão prejudicados. As postulações em defesa dos direitos deverão auxiliar ao fortalecimento das searas republicanas tradicionais, apesar de tudo indicar o contrário.

455 DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. **The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states**. Chicago: University Press, 2002.

456 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Plunder: when the Rule of Law is illegal**. London: Wiley-Blackwell, 2008.

REFERÊNCIAS

ABELES, Martín; FORCINITO, Karina; SCHORR, Martín. **El oligopolio telefónico argentino frente a la liberalización del mercado**. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes / FLACSO / IDEP, 2001.

AFONSO DA SILVA, Virgílio; HUBNER MENDES, Conrado. O STF e o populismo judicial: entre a transparência e o populismo judicial. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 de maio de 2009, p. A-3.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2 ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

ALEXY, Robert. **O conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

AMARAL, Alexandra da Silva. **Princípios estruturantes das agências reguladoras e mecanismos de controle**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

ANATEL APROVA. O Globo. Caderno Economia, p. 4, 24 nov. 2011.

ANDREWS, Cristina. Implicações teóricas do novo institucionalismo: uma abordagem Habermasiana. DADOS: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 48, n° 2, p. 271-299.

ANUATTI-NETTO, Francisco; BAROSSO-FILHO, Milton; GLEDSON DE CARVALHO, Antonio; MACEDO, Roberto. Costs and benefits of privatization: evidence from Brazil. In: CHONG, Alberto (Ed.); LÓPEZ-DE-SILANES, Florencio. **Privatization in Latin America: myths and reality**. Stanford, CA: Stanford University Press, 2005.

ASENSI, Felipe. Juridicização das relações sociais e Ministério Público: novas estratégias e desafios na efetivação do direito à saúde, Dissertação de Mestrado, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Orientadora Thamy Progrebinschi, Rio de Janeiro, 2008.

AUFDERHEIDE, Patricia. **Communications policy and the public interest: the Telecommunications Act of 1996**. New York: Guilford Press, 1999.

AUSTIN, John. **El objeto de la Jurisprudencia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AUTIN, Jean Louis. Réflexions sur la notion de régulation en droit public. In: MIAILLE, Michel (Dir.). **La régulation entre droit et politique**. Paris: L'Harmattan, 1995.

AYRES, Ian; BRAINWAITHE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BANAKAR, Reza (Ed.); TRAVERS, Max (Ed.). **Theory and method in socio-legal research**. Oxford: Hart Publishing, 2005.

BANAKAR, Reza. **Merging Law and Sociology: beyond the dichotomies in the socio-legal research**. Berlin: Galda + Wilch Verlag, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo plenamente e lei: a lei do amor e o amor pela lei**. São Paulo: Campus-Elsevier, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 109-131. Cit., p. 110.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Regina (Org.); OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Org.); RICCIO DE OLIVEIRA, Farlei (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51-91.

BEDRAN Antonio. Antigo procurador-geral e conselheiro da ANATEL, entrevista, Brasília, 20 out. 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7 ed. Brasília: Editora da UnB, 1996.

BOLAÑO, César; MASSAE, Fernanda. Revista Brasileira de Ciências da Comunicação, v. 23, nº 1, jan./jun. 2000, p. 43-55.

BRASIL Débora; MARCONDES Cristina. Advogadas da AMPLA S/A e ex-advogadas da TELEMAR S/A, Entrevista, Rio de Janeiro, 31 ago. 2006.

BRASIL: AGU. Parecer AC-51, de 12 jun. 2006, aprovado pelo Presidente da República, 13 jun. 2006, produzido Marcelo Siqueira de Freitas, 23 maio, 2006, publicado Diário Oficial da União, ano 143, nº 115, seção 1, p. 01-11.

BRASIL: ANATEL; GUERREIRO, Renato Navarro. **Comunicações: infraestrutura para a revolução da informação**. Brasília: ANATEL, 1994.

BRASIL: Ministério das Comunicações. Plano Nacional de Banda Larga: o Brasil em alta velocidade. Brasília, nov. 2009. 197 p. Disponível em: <http://www.mc.gov.br>.

BRASIL: Presidência da República. **Plano Diretor para Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL: Secretaria de Telecomunicações. **Relatório de atividades 2004**. Brasília, DF: Ministério das Comunicações, 2005. (mimeo.). Disponível em: <http://www.mc.gov.br>. p. 14.

BRASIL: STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 432/DF, Relator Ministro. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado 15 maio 1991, publicado no Diário da Justiça 13 set. 1991, p.

12.488, publicado no Ementário, v. 1.633-01, p. 48, também publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 136-02, p. 494.

BRASIL: STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.322/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 02 ago. 2006, publicado no Diário da Justiça em 19 dez. 2006, p. 35, publicado no Ementário, v. 2.261-4, p. 749, publicado na íntegra na Rev. Interesse Público, v. 9, nº 41, 2007, p. 159-191.

BRASIL: STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.840/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 25 jun. 1998, publicado no Diário da Justiça de 11 set. 1998, p. 03, Ementário, v. 1.922-01, p. 181.

BRASIL: STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1668/DF, Relator Ministro Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno, julgado em 20 ago. 1998, acórdão e petições inicial disponibilizada: www.stf.jus.br

BRASIL: STF. Recurso Extraordinário 567.454/BA, TELEMAR NORTE LESTE S/A vs. Irena Maria Andrade de Souza, Interessados – BRASIL TELECOM S/A & Instituto de Educação para o Consumo, Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 18 jun. 2009 (aprovada Repercussão Geral sobre o mérito), divulgado no Diário da Justiça Eletrônico em 27 ago. 2009, publicado em 28 ago. 2009, Ementário, v. 2.371-08, p. 1.604.

BRASIL: STF. Recurso Extraordinário 571.572/BA, TELEMAR NORTE LESTE S/A vs. Albérico Sampaio do Lago Pedreira, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08 out. 2008, aprovado com Repercussão Geral – Mérito, divulgado no Diário da Justiça Eletrônico em 12 fev. 2009, publicado em 13 fev. 2009, Ementário, v. 2.348-05, p. 939, Revista Forense, v. 105, n. 403, 2009, p. 401-412.

BRASIL: STF. Recurso Extraordinário nº 117.315/RS, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 19 maio 1990, publicado no Diário da Justiça em 22 jun. 1990, p. 5.870, Ementário, v. 1.586-03, p. 583.

BRASIL: STF. Súmula vinculante 27. Compete à Justiça estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem oponente, Tribunal Pleno, aprovado em 18 dez. 2009, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 23 dez. 2009, p. 01 e no Diário Oficial da União de 23 dez. 2009, p. 01.

BRASIL: STJ. Agravo Regimental na Reclamação 2.704/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12 mar. 2008, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 31 mar. 2008.

BRASIL: STJ. Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 10.443/PB, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 13 dez. 2005, publicado no Diário da Justiça de 06 mar. 2006, p. 158.

BRASIL: STJ. Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 10.915/RN, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 01 jun. 2006, público no Diário da Justiça em 14 de agosto de 2006, p. 258.

BRASIL: STJ. Reclamação 3.924/BA, Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 23 jun. 2010, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 04 ago. 2010.

BRASIL: STJ. Recurso Especial 1.074.799/MG, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 27 maio 2009, publicado no Diário da Justiça Eletrônica em 08 de junho de 2009.

BRASIL: STJ. Recurso Especial 1.171.688/DF, TIM S/A vs. GVT Ltda, ANATEL & CADE, como interessados, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 01 jun. 2010, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 23 jun. 2010.

BRASIL: STJ. Recurso Especial 757.971/RS, Brasil Telecom S/A & ANATEL vs. Ministério Público Federal, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25 nov. 2008, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 19 dez. 2008.

BRASIL: STJ. Recurso Especial nº 806.304/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02 dez. 2008, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 17 dez. 2008.

BRASIL: STJ. Recurso Especial n. 1.164.700/PR, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04 maio 2010, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 17 maio 2010.

BRASIL: STJ. Recurso Especial n. 757.971/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25 nov. 2008, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 19 dez. 2008.

BRASIL: STJ. Súmula 356, Primeira Seção, julgado em 25 jun. 2008, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 08 set. 2008.

BRASIL: STJ. Súmula 357, Primeira Seção, aprovada em 25 jun. 2008, publicado no Diário da Justiça, Eletrônico em 08 set. 2008.

BRASIL: TRF-1. Agravo de Instrumento 2005.01.00.021915-2/DF, Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do MT vs. BRASIL TELECOM S/A, GVT Ltda. & ANATEL, Relator Desembargador Federal Souza Prudente, Decisão monocrática de 09 jun. 2005. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br>

BRASIL: TRF-1. Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.007606-9/DF, Relator Desembargador Federal Maria do Carmo Cardoso, 02 abr. 2008. Processo originário: Mandado de segurança nº 2006.34.00.000369-4/DF. Disponível em: <http://www.trf-1.jus.br>

BRASIL: TRF-1. Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.035193-9/DF, Relator Desembargador Federal Carlos Mathias, 09 nov. 2006, Processo originário: Mandado de Segurança n. 2006.34.00.018012-6/DF. Disponível em: <http://www.trf-1.jus.br>

BRASIL: TRF-1. Agravo de Instrumento n. 2008.01.00.014566-7/DF, Relatora Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, 02 abr. 2008. Processo originário: Mandado de segurança nº 2006.34.00.011144-7/DF. Disponível em: <http://www.trf-1.jus.br>.

BRASIL: TRF-1. Mandado de Segurança 2005.01.00.042361-0/DF, GVT Ltda. vs. Desembargador Federal da 3ª Seção do TRF-1, OAB-MT, BRASIL TELECOM S/A &

ANATEL – interessadas, decisão monocrática de 25 jun. 2005. Disponível em: <http://www.trf-1.jus.br>

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma gerencial do Estado de 1995. Revista Brasileira de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 34, n° 4, 2000, p. 07-26.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: Editora 34, 1998.

BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Embedded courts, dialogical rulings: The political logic of judicial enforcement of social and economic rights. Joint Annual Meeting of the Law and Society Association and the Canadian Law and Society Association, May 29 to June 1, 2008, Montréal, Canada, p. 4.

BROCK, Gerald W. **Telecommunications policy for the Internet age**. Cambridge, MA: Harcard University Press, 1994.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BUGALLO ALVAREZ, Alejandro. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro. PUC-Rio, v 29, 2006.

CAMARGOS Ana Paula. Advogada e servidora do PROCON-DF, entrevista, Brasília, 20 out. 2006.

CAMPOS MELO, Patricia Perrone. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMPOS VELHO, Rafael Rott. O poder normativo das agências reguladoras: democracia e direitos fundamentais. Revista de Direito, Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Maria, v. 4, n° 2. Disponível em: <http://www.ufsm.br/revistadireito>

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **The judicial process in comparative perspective**. Oxford: Oxford University Press, 1989.

CARDOSO Ana Paula Pontes. Magistrada no juizado especial cível de Alcântara, entrevista, São Gonçalo.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARVALHO, Ney. **A guerra das privatizações**. São Paulo: Editora de Cultura, 2009.

CASEMIRO, Luciana; SAMPAIO, Nadja. Cariocas vão à justiça por seus direitos: número de processos sobre consumo nos juizados do Rio cresceu 14% em 2009 para 2010 – por dia, são 1.682 ações. O Globo, Caderno Economia, Coluna Defesa do Consumidor, 13 mar. 2011, p. 30.

CASTELAR-PINHEIRO, Armando (Org.). **Reforma do Judiciário: problemas, desafios, perspectivas**. Book Link, 2003.

CASTRO, Nivalde; BUENO, Daniel. As agências reguladoras no Brasil: Propostas para novo modelo. Rio de Janeiro, Boletim IFE, nº 1.154, jul. 2003.

CHOUDRY, Sujit (Ed.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CITRO Flávio. Magistrado da Corregedoria-Geral de Justiça, entrevista, Rio de Janeiro, 23 out. 2006.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

COASE, Ronald. **The firm, the market, and the law**. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1998.

COMUNIDADE WIRELESS Brasil. Fundo de Universalização de Serviços de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.wirelessbrasil.org>

COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. **Judiciário e Regulação Econômica: a judicialização da política tarifária do setor de telecomunicações em 2003 (Prêmio SEAE 2006 de monografias)**. Brasília: MF-SEAE (Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico).

COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio; SILVEIRA E SILVA, Rafael. Judicialização das políticas públicas: o caso da regulação do setor de telecomunicações. 6º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política. Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 29 jul./01 ago. 2008.

COUTO, Cláudio Gonçalves. A longa constituinte: reforma do Estado e fluidez institucional no Brasil. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 41, nº 1, 1998, p. 51-86.

COUTU, Michel. **Max Weber et les rationalités du droit**. Paris: LGDJ, 1995.

CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DANTAS DE MELO, Carolina Pereira. **O modelo regulatório brasileiro e as dificuldades de sua operacionalização**, 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Universidade Federal Fluminense, 2009 (Or. Alexandre Veronese).

DEZALAY, Yves. The big bang and the law: the internationalization and restructuring of the legal field. *Theory, Culture & Society*, v. 7, nº 2, p. 279-293, 1990. Ainda, cf. DEZALEY, Yves (ed.); GARTH, Bryant G. (ed.). **Global prescriptions: the production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy**. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press, 2002.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. **The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states**. Chicago: University Press, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 176.

DIDIER JR., Freddie. Artigo 105, inciso III. In: BONAVIDES, Paulo (coord.); MIRANDA, Jorge (coord.); AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1998**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1417-1433.

DINIZ, Eli. Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90. In: DINIZ, Eli (Org.); AZEVEDO, Sergio (Org.). **Reforma do Estado e democracia no Brasil**. Brasília: Universidade de Brasília/Escola Nacional de Administração Pública, 1997, p. 19-53.

ELIAS DE OLIVEIRA, Vanessa. Dados: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 48, nº 3, 2005, p. 559 a 587.

EPP, Charles R. **The rights revolution: lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective**. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 1998.

ESPERTEZA DA TELEMAR? Tribunal da Imprensa, Rio de Janeiro, 14 abr. 2005. Disponível em: <http://www.tribuna.inf.br/anteriores/2005/abril/14>

FALCÃO, Joaquim. **A reforma silenciosa da justiça**. Diário de Pernambuco, 15 mar. 2003, Disponível em: <http://www.pernambuco.com/diario/2003/03/15/opiniaio.html>

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAZ, Sergio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 359 e seg.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o Estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Trad. Gustavo Binenbojm & Caio Mário da Silva Pereira Neto.

FONTAINHA, Fernando. O “empreendedor” como novo tipo de juiz: um diagnóstico a partir da informatização dos tribunais brasileiros. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais. Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense. Niterói. Or. Roberto Fragale Filho.

FOWLER, Mark S.; PISCIOTTA, Aileen Amarandos. A privatização como um objetivo: telecomunicações e reforma reguladora. In: BOEKER, Paul H. (Org.). **Transformações na América Latina: privatização, investimento estrangeiro e crescimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995, p. 141.

FREITAS DE PAULA, Verônica Angélica. Conflitos no período pós-privatização das telecomunicações: um estudo de caso. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo.

FRIEDMAN, Lawrence. **American Law in the 20th century**. New Haven: Yale University Press, 2002.

FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

FULLER, Lon L. **The Law in quest of itself**. Union, NJ: The Lawbook Exchange, 1999 [Beacon Press, 1966].

FULLER, Lon L. **The principles of social order: selected essays**. Oxford: Hart Publishing, 2001 (v. editado por Kenneth Winston).

GALANTER, Marc. Justice in many rooms: courts, private ordering, and indigenous law. *Journal of legal pluralism*, n° 19, p. 01-47, 1981.

GAURI, Varun (Ed.); BRINKS, Daniel (Ed.). **Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GESTA LEAL, Rogério (Org.). **Administração pública e participação social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2005.

GHEVENTER, Alexandre. **Autonomia versus controle: origens do novo marco regulatório antitruste na América Latina e seus efeitos sobre a democracia**. Rio de Janeiro / Belo Horizonte: IUPERJ e Ed. UFMG, 2005.

GOMES DE FILIPPO, Thiago Baldani. **Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo: a necessidade de um sistema brasileiro de precedentes vinculantes**, Dissertação de mestrado em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, 2010.

GOMES, Marcelo Barros; MACIEL, Marcelo Sobreiro. Lições da especialização do controle externo da regulação de telecomunicações, *Revista do Tribunal de Contas da União*, n° 106, p. 56-68, 2005.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. *Regulating infrastructure: monopoly, contracts, and discretion*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre o anteprojeto de lei atinente às agências. *Revista de Direito Público da Economia*, n° 04. Belo Horizonte: Editora Fórum.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. (Col. Del Rey Internacional, v. 3). Trad. Geraldo de Carvalho.

GRZEGORCZYK, Christophe (Ed.); MICHAUT, Françoise (Ed.). TROPER, Michel (Ed.). **Le positivisme juridique**. Paris: LGDJ, 1998.

GUERRA, Sergio. **Introdução ao direito das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GUERREIRO Renato Navarro. Antigo dirigente do Ministério das Comunicações e antigo Presidente da ANATEL, entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge, MA: MIT Press, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2 v.

HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**. Boston, MA: Beacon Press, 1985, 2 v.

HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes? O pragmatismo de Oliver Holmes Jr. e a formação das decisões judiciais**. Curitiba: Juruá, 2010.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HART, Herbert L. A. Visita a Kelsen. Lua Nova, n.64, pp. 153-177. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n64/a10n64.pdf>

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts, v. 11, p. 93-118, 2008.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith E. (Ed.); KELEMEN, R. Daniel (Ed.); CALDEIRA, Gregory A. (Ed.). **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 119-141.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n° 2, p. 721-754, 2006.

HOLLAND, Kenneth M (Ed.). **Judicial activism in comparative perspective**. New York, NY: St. Martin's Press, 1991.

HOLMES Jr., Oliver Wendell. **The Common Law**. Mineola, NY: Dover Pub., 1991 [1881].

HÜBNER MENDES, Conrado. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros da discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 99-139.

JACOB, Herbert; BLANKENBURG, Erhard; KRITZER, Herbert M.; PROVINE, Doris Marie; SANDERS, Joseph. **Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective**. New Haven: Yale University Press, 1996.

JOBIM Alexandre. Advogado do setor e membro do Conselho Consultivo da ANATEL, entrevista, Brasília, 18 out. 2006.

JORDANA, Jacint (Ed.); LEVI-FAUR, David (Ed.). **The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance**. Cheltenham: Edward Elgar, 2004, p. 03.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. Revista Estudos Históricos, nº 18, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1996, p. 01-15.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. Curitiba: Dialética, 2002.

JUSTIÇA MANTÉM liminar que impede a licitação do FUST. Plantão Info / E-Business, Editora Abril, 03 set. 2001, Disponível em:
<http://info.abril.com.br/aberto/infonews/092001/03092001-15.shl>

KAGAN, Robert A. (Ed.); AXELRAD, Lee (Ed.). **Regulatory encounters: multinational corporations, and American adversarial legalism**. Berkeley, CA: University of California Press, 2000.

KAGAN, Robert. A. Regulators and regulatory process. In: SARAT, Austin (ed.). **The Blackwell Companion to Law and Society**. London: Blackwell, 2004, p. 212-230.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. Trad. José Lamago.

KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1945. Reimpressão: Clark, NJ: The Lawbook Exchange, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira**. São Paulo: HUCITEC, 1998.

KRYGIER, Martin. Philip Selznick, normative theory, and the rule of law. In: KAGAN, Robert A. (Ed.); KRYGIER, Martin (Ed.); WINSTON, Kenneth (Ed.). **Legality and community: on the intellectual legacy of Philip Selznick**. Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers, 2002. p. 19-48.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. **Competition in telecommunications**. Cambridge, MA: MIT Press, 2000.

LANDFRIED, Christine. Judicial policy-making in Germany: the Federal Constitutional Court. West European Politics, nº 15, p. 50-67, 1992.

LEHFLED, Lucas de Souza. **Controles das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2007.

LEITE DE FARIAS, Sara Jane. **Regulação jurídica dos serviços autorizados**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

LEOPARDI DE MELLO, Maria Tereza. Direito e economia em Weber. Revista Direito GV, São Paulo, v. 2, p. 45-65, 2006.

LIASSEN, Kjell (Ed.); SJØVAAG, Marit (Ed.). **European telecommunications liberalisation**. London: Routledge, 1999.

LÍDER DAS AÇÕES nos juizados especiais, Telemar se defende em nota. *Jornal do Brasil*. Disponível em: <http://www2.glb.com.br/manchetes/noticias.asp?1458021>

LIMA DA ROCHA, Daniel Costa. **Direito e economia nas telecomunicações**. Dissertação (Mestrado em Regulação e Concorrência). Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2006. 176 p.

LINHARES PIRES, José Claudio. A reestruturação do setor de telecomunicações no Brasil. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, nº 11, 1999.

LUBBERS, Jeffrey. **A guide to federal agency rulemaking**. 4 ed. Chicago, IL: American Bar Association Publishing, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova. Revista de Cultura e Política*, São Paulo, v. 57, p. 113-133, 2002.

MAIA, Antonio Cavalcanti. **Habermas: filósofo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MAJONE, Giandomenico (Ed.). **Regulating Europe**. London: Routledge, 1996.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador causas e conseqüências da mudança no modo de governança. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. São Paulo: Editora Singular / Núcleo Direito e Democracia do Cebrap, 2006, p. 53-85.

MAJONE, Giandomenico. The political economy of regulation. In: _____ (ed.). **Regulating Europe**. Abingdon / New York: Routledge, 1996, p. 09-79.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 228, p. 13-29, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Direito das telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 300-316.

MARTÍNEZ, Gabriela. **Latin American telecommunications: Telefónica's conquest**. Lanham, MD: Lexington Books, 2008.

MARTÍNEZ, María Salvador. **Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España**. Barcelona: Ariel, 2002.

MARTINS, Paulo Roberto Wiechers; WANDERLEY, Maurício; GOMES, Marcelo Barros; BEMERGUY, Marcelo; PILOTO DE NORONHA, Maridel. Iniciativas do TCU para o aperfeiçoamento do controle externo da regulação, *Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 104, p. 32-40, 2005.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Plunder: when the Rule of Law is illegal**. London: Wiley-Blackwell, 2008.

MATTOS, César. A proposta do governo em interconexão e unbundling na renovação dos contratos de concessão em telecomunicações em 2006, *Anais do XXXIII Encontro Nacional de Economia*, Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, 2005.

MATTOS, César. **Apresentação e análise dos pontos positivos e negativos do projeto de lei 3337/04, que normatiza a ação das agências reguladoras**. Estudo, Câmara dos Deputados, set. 2004.

MATTOS, César; MUELLER, Bernardo. Regulando o regulador: a proposta do governo e a ANATEL. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, Instituto de Economia, UFRJ, v. 10, nº 3, p. 517-546, set./dez. 2006.

MATTOS, Paulo. **O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular / FAPESP, 2006.

MATTOS, Paulo. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: COELHO, Vera (org.); NOBRE, Marcos (org.). **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 313-342.

MAY, Randolph. **New directions in communications policy**. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2009.

MAYO, John. Universal service: can we do more with less? In: MAY, Randolph (Ed.). **New directions in communications policy**. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2009.

MCCANN, Michael. **Rights at work: pay equity reform, and the politics of legal mobilization**. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 1994.

MEIRELLES, Delton. Juizados especiais cíveis: acesso à justiça ou balcão de reclamações? In: *Anais do XIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito*, Fortaleza. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, vº 16, n. 46, jun. 2001, p. 56-68.

MENEZELLO, Maria D'Assunção. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

MODESTO, Paulo. Agências Executivas: a organização administrativa entre o casuísmo e a padronização. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n° 6, set. 2001.

MOLANO, Walter T. **The logic of privatization: the case of telecommunications in the Southern cone of Latin America**. Westport, CT: Greenwood Press, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações de direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar. Em especial, p. 197 e seg.. Há breve exposição também em: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA-LEITE, Angela. **Em tempo de conciliação**. Niterói: Ed. UFF, 2003.

MORGAN, Bronwen; YOUNG, Karen. **An introduction to law and regulation: texts and materials**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, cap. 2.

MUELLER JR., Milton. **Universal service: competition, interconnection, and monopoly in the making of the American telephone system**. Cambridge, MA: MIT Press, 1997.

MÜLLER, Carlos Alves. Longa distância: a evolução dos sistemas nacionais de telecomunicações da Argentina e do Brasil em conexão com as telecomunicações internacionais (1808-2003). Tese de Doutorado, Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Sociais, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, Brasília, 2007, Orientador Benício Viero Schmidt.

MUZZINI, Elisa. **Consumer participation in infrastructure regulation: evidence from the East Asia and Pacific region**. Washington, DC: World Bank, 2005.

NARITOMI, Joana. A regulação do preço de acesso em indústrias de rede. Monografia de Bacharelado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, Orientador Ronaldo Fiani, Rio de Janeiro 2004, Disponível em: <http://www.prh21.ie.ufrj.br>

NELKEN, David (Ed.). **Comparing legal cultures**. Aldershot: Dartmouth, 1997.

NELKEN, David (Ed.); FEEST, Johannes (Ed.). **Adapting legal cultures**. Oxford: Hart Publishing, 2001.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NONET, Phillipe; SELZNICK, Phillip. **Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

NONET, Phillipe; SELZNICK, Phillip. **Law and Society: toward responsive Law**. 2 ed. New York: Transaction Books, 2001.

OHLWEILER, Leonel. A concepção dogmática do direito administrativo: contributo para uma (re)construção hermenêutica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal. n° 167, jul./set. 2005.

OSÓRIO, Paula; TODO BOM, Luís. Parcerias público-privadas em Angola. *Revista Economia Global e Gestão*, v. 13, n° 2, p. 27-41, 2008.

PEREIRA DE MELLO, Marcelo. A perspectiva sistêmica na Sociologia do Direito: Luhmann e Teubner, Tempo Social, São Paulo, v. 18, n° 1, p. 351-373.

PEREIRA DE MELLO, Marcelo. Sociologias do direito: historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica. Revista de Sociologia e Política, n° 25, p. 153-169, nov. 2005.

PEREIRA DE MELLO, Marcelo; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; GOMES, Luiz Claudio. Juizados especiais: entre a legalidade e a legitimidade – análise prospectiva dos juizados especiais da comarca de Niterói (1997-2005). Boletim do CEDES, jul. 2009. 30 p. Disponível em: <http://cedes.iuperj.br>. Acesso: 29 jul. 2009.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CORREA, Paulo. Delegação de funções para agências reguladoras independentes: mudanças propostas pelo Projeto de Lei n. 3.337/2004. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 201-223.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006, p. 186-187.

PINHEIRO Sávio. Advogado, membro do Conselho Consultivo da ANATEL, entrevista, Brasília, 20 out. 2006.

PIRES, José Cláudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. A regulação dos setores de infra-estrutura no Brasil. In: GIAMBIAGI, Fábio. MOREIRA, Maurício Mesquita. A economia brasileira nos anos 90. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.

POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo. (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34 / Núcleo Direito e Democracia / Cebrap, 2004, p. 49-80.

PREISKEL, Ronnie; HIGHAM, Nicholas. Liberalization of telecommunications infrastructure and cable television networks: the European Commission's Green Paper. Telecommunications Policy, v. 19, n° 5, p. 381-390, 1995.

PROSSER, Tony. **Nationalized industries and public control: legal, constitutional and political issues**. London: Blackwell, 1986.

RAMOS Murilo César. Pesquisador do setor de telecomunicações (UnB) e coordenador na formação do corpo técnico da ANATEL, entrevista, Brasília, 15 out. 2006.

REZENDE OLIVEIRA, Rafael Carvalho. **A constitucionalização do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

RIOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew. M. Institutional determinants of the judicialisation of policy in Brazil and Mexico. *Journal of Latin American Studies*, v. 38, p. 739-766, 2006.

RODRIGUES CAL, Arianne Brito. **As agências reguladoras no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Revista de Informação Legislativa*.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática Jurídica. In: NOBRE, Marcos (Org). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papirus Editora, 2008. p. 301-302.

ROSANVALLON, Pierre. **Le légitimité démocratique: impartialité, réflexivité, proximité**. Paris: Éditions du Seuil, 2008 (Coleção 'les livres du nouveau monde').

SADEK, Maria Tereza. Poder judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, v. 10, n° 1, p. 01-62, 2004.

SALGADO, Lucia Helena (Ed.); SOROA DA MOTTA, Ronaldo (Ed.). **Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: IPEA, 2005. Em especial a introdução, de lavra dos editores.

SALGADO, Lucia Helena. **Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional**. Rio de Janeiro: IPEA, 2003 (Texto para discussão, n° 941).

SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAMUEL, David. A economia política da reforma macroeconômica no Brasil, 1995-2002, Dados – *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n° 4, 2003, p. 805-835.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Direito dos serviços públicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTOS, Luiz Alberto. Por que regular. *Teoria e Debate*, n° 55, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, set./nov. 2003. Disponível em:
http://www.fundacaoperseuabramo.org.br/td/td55/td55_nacional3.htm.

SANTOS, Luiz Alberto. Regulando a regulação: a nova legislação das agências reguladoras federais no Brasil. IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, 02-05 nov. 2004. Disponível em:
<http://www.clad.org.ve/boletin/boletin124.html>

SARDENBERG, Ronaldo Motta. Defesa de um modelo. *O Globo*. 31 jan. 2011, p. 8.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SCHIEMANN, John W. Explaining Hungary's powerful Constitutional Court: a bargaining approach. *European Journal of Sociology*, n° 42, p. 357-390, 2001.

SCHLEGEL, John Henry. **American Legal Realism and empirical social science**. Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press, 1995.

SCHUCK, Peter. **Foundations of Administrative Law**. New York, NY: Foundation Press, 2003.

SCIBERRAS DE CARVALHO, Bruno. As condições sociais da ação instrumental: problemas na concepção sociológica da teoria da escolha racional. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n° 4, 2007, p. 827 a 862.

SHAPIRO, Martin. **Courts: a comparative and political analysis**. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 1981.

SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec. **On law, politics, and judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SILVA Edvaldo Miron da. Servidor da ANATEL, entrevista, Brasília, 17 nov. 2006.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez Editora: 2007, p. 94-95.

SOUSA SANTOS, Boaventura; LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n° 30, 1996, p. 42.

SOUSA SANTOS, Boaventura; LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

STONE SWEET, Alec. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis**. Tese de Doutorado em Filosofia, Rio de Janeiro, PUC-Rio, ago. 2005 (Orientador Danilo Marcondes de Souza Filho).

SUNDFELD, Carlos Ari. Agências reguladoras. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n° 3, 2003, p. 437-442.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____. (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações, *Revista Brasileira de Direito das Telecomunicações e Informática*, Belo Horizonte, v. 2, n° 2, p. 61, p. 68-69, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. O poder normativo das agências em matéria tarifária e a legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico. In: SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SUNSTEIN, Cass. **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.

SWEDBERG, Richard. **Max Weber e a idéia de Sociologia Econômica**. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2005.

TATE, C. Neal (ed.); VALLINDER, Töbjorn (ed.). **The global expansion of the judicial power**. New York, NY: New York University Press, 1995.

TAVARES DE ALMEIDA, Maria Hermínia. Negociando a Reforma: A Privatização de Empresas Públicas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 42, n° 3, 1999, p. 421-451.

TAVARES DE ALMEIDA, Maria Hermínia. *Revista Brasileira de Economia Política*, São Paulo, v. 21, n° 2, 2001, p. 43-61.

TEITEL, Ruti, The law and politics of contemporary transitional justice. *Cornell International Law Journal*, v. 38, p. 837-862, 2005.

TELEBRAS PODERÁ oferecer banda larga. *O Globo*, Caderno Economia, 22 jan. 2011, p. 22.

TELEMAR INSTALA juizado para atender reclamações em SE. *Jornal da Cidade*, Aracaju, 16 ago. 2006. Disponível em: <http://www.jornaldacidade.net>

TELEMAR vai. *Revista Info Exame*, São Paulo, Editora Abril, 12 set. 2002, Disponível em: <http://info.abril.com.br>.

TEUBNER, Günther. **Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation**. Paris: Bruylant e LGDJ, 1996.

TEUBNER, Günther. Substantive and reflexive elements in modern law. *Law and Society Review*, v. 17, n° 2, p. 239-285, 1983.

THATCHER, Mark (Ed.); STONE SWEET, Alec (Ed.). **The politics of delegation**. London: Frank Cass, 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **La democracia en América**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2009.

VALVERDE Héctor. Magistrado do Distrito Federal, diretor da Associação Brasileira de Direitos do Consumidor (BRASILCON), entrevista, Brasília, 20 out. 2006.

VARGENS FILHO, José Rogerio; FERREIRA Jr., Hamilton de Moura. O preço do unbundling no Brasil: concorrência e universalização na indústria de telecomunicações, *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 6, n° 1, p. 57-85, 2002.

VASCONCELOS, Nelson. São todas iguais: II. *O Globo. Economia*. 27 jan. 2009. p. 22.

VELASCO JR, Licínio. **A política pública de privatização no presidencialismo de coalizão brasileiro**, 2005. Tese (Doutorado em Ciência Política), Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Or. Fabiano Guilherme Mendes Santos.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo; FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal; OLIVA, Rafael Augusto. Comentários ao anteprojeto de lei sobre agências reguladoras. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 6, p. 27-42, 2004.

VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. *Revista Escritos*, n° 3, Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 2009, p. 249-281.

VERONESE, Alexandre. **As unidades de pesquisa do MCT e a Reforma do Estado: organizações sociais (1995-2002)**. Dissertação em Ciências Jurídicas e Sociais, Niterói, Universidade Federal Fluminense, Or. Marcelo Pereira de Mello, 2002.

VERONESE, Alexandre. Direito na fronteira ou fronteira do direito: experiências de projetos do Programa Nacional Balcões de Direito. *Revista Cadernos Adenauer*, v. 3, n° 6, Fundação Konrad-Adenauer, Rio de Janeiro, 2002.

VERONESE, Alexandre; MOUNZER, Samia; NUNES PEREIRA, Daniel. Anotações sobre o furto de sinal de TV a cabo e a regulação administrativa e judicial dos conflitos de telecomunicações. *Revista de Direito da Informática e Telecomunicações*, v. 6, p. 09-37, 2009.

VIANNA LOPES, Julio Aurelio. **A invasão do direito**. Rio de Janeiro, FGV, 2005.

VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n° 2, jul./dez. 2008, p. 441-464.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito Administrativo da economia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 255.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito Regulatório**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

VOGEL, Steven K. **Freer markets, more rules: regulation reform in advanced industrial countries**. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1996.

WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **A reforma administrativa da Era de Vargas**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.

WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the political system**. 5 ed. Philadelphia, PA: Westview Press, 2011.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad: esbozo de Sociologia comprensiva**. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz. Poder judiciário, “positivação do direito natural e política. Estudos Históricos, nº 18, Rio de Janeiro, p. 263-281, 1996.

WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo B. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil público. Dados, Rio de Janeiro, v. 48, nº 4, p. 777-843, 2005.

WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo B.; SALLES, Paula. Dezesete anos de judicialização política. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 19, p. 39-85, 2007.

WERNECK VIANNA, Luiz; REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice. MELO, Manuel Palácios da Cunha; BURGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz; REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

WERNECK, Rogério. **Empresas estatais e política macroeconômica**. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1987.