



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

ESPECIALIZAÇÃO EM REGULAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÕES

REGULAÇÃO JURÍDICA E *LEX MERCATORIA*
Limites e Possibilidades de Atuação do Órgão Regulador

JUSSARA COSTA MELO

Orientador : Professor JOSE GERALDO DE SOUSA JUNIOR

Monografia apresentada à Universidade de Brasília
como requisito parcial para a obtenção do grau de
especialista em regulação de telecomunicações.

Brasília - DF, Brasil
Abril de 2003



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

ESPECIALIZAÇÃO EM REGULAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÕES

REGULAÇÃO JURÍDICA E *LEX MERCATORIA* **Limites e Possibilidades de Atuação do Órgão Regulador**

JUSSARA COSTA MELO

Orientador : Professor JOSE GERALDO DE SOUSA JUNIOR

Monografia apresentada à Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista em regulação de telecomunicações, aprovada pela Banca Examinadora.

Membros da Banca Examinadora :

Professor Jose Geraldo de Sousa Junior (Orientador)
Faculdade de Direito

Professor Márcio Iório Aranha
Faculdade de Direito

Brasília - DF, Brasil
23 de abril de 2003

À memória do Professor Roberto Lyra Filho, que lançou a boa semente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Jose Geraldo de Sousa Junior cujo pensamento é ação modificadora da reflexão sobre o Direito.

Agradeço ao engenheiro Jonas Oliveira Junior cuja acuidade na leitura da versão preliminar contribuiu para o estabelecimento dos limites da abordagem.

Agradeço ao engenheiro Jose Luis Rebollo Sanchez cuja visão estratégica proporcionou a participação no III Curso de Especialização em Regulação das Telecomunicações realizado pela Universidade de Brasília.

“Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. O desassossego resulta de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e excessos de indeterminismo”.

Boaventura de Sousa Santos

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	09
1.Regulação Jurídica.....	13
1.1 Regulação Jurídica - Formas Tradicionais de Regulação.....	13
1.2 Regulação Jurídica - O Conceito Ampliado.....	15
2. Regulação Jurídica e Nova Realidade.....	19
2.1 A Lex Mercatoria.....	19
2.2 Acordos de Cavalheiros.....	22
2.3 Regulação de Especialistas - A Tecocracia.....	24
3. Regulação Setorial Específica.....	28
3.1 Regulação do Setor de Telecomunicações.....	28
3.2 Regulação e Órgão Regulador	31
4.Regulação e Processo de Regulação.....	34
4.1 Regulação da Abertura do Mercado de Telefonia Fixa	34
4.2 Órgão Regulador e a Expedição das Autorizações.....	36
4.3. Regulação e Aditamento às Concessões	38
4.4 Regulação e as Decisões Judiciais	41
4.5 Regulação e <i>Lex Juridica</i>	46
CONCLUSÕES	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54
Bibliografia	54
Legislação Utilizada	58
Sites Consultados.....	58

RESUMO

REGULAÇÃO JURÍDICA E *LEX MERCATORIA*

Limites e Possibilidades de Atuação do Órgão Regulador

A globalização ou nova realidade influencia a regulação jurídica, apesar de ser um fenômeno tipicamente econômico.

Globalização econômica e regulação não são novidades, mas em telecomunicações adquiriram caráter de novidade porque o processo de privatização acelerou o ritmo das decisões, tornou evidente a crise do Estado e alterou a forma tradicional de regulação jurídica pela introdução na estrutura administrativa de um Órgão Regulador independente, dotado de poder normativo.

Utilizando como exemplo a expedição das autorizações para a abertura do mercado de telefonia fixa, com enfoque no caso da Telecomunicações de São Paulo S.A – Telesp (“Telefônica”), a presente monografia discute a regulação jurídica e visa a contribuir para o debate teórico acerca dos limites e possibilidades de atuação do Órgão Regulador considerando que a nova realidade impõe a adoção de processos de regulação que privilegiam a *lex mercatoria*, bem como a negociação e renegociação de compromissos assumidos pelo Estado com os agentes econômicos, o que resulta na emissão de regulamentos jurídicos novos para cada circunstância, em uma regulação produzida por uma multiplicidade de fontes, que supre o direito estatal mas não o aniquila.

ABSTRACT

LEGAL REGULATION AND *LEX MERCATORIA*

Limits and Restraints to the Regulatory Agency Performance

Despite being a typical economical phenomenon, Globalization or new reality affects legal regulation.

Economical globalization and regulation are not recent themes. Nevertheless, in the field of telecommunications, globalization and regulation have acquired an aspect of novelty once the privatization process has accelerated the decision-making rhythm and has highlighted the State crisis modifying the traditional legal regulation process through the regulatory powers given to an independent Regulatory Agency.

Taking as example the issuance of licenses to the opening of the landline market, with specific focus on the case of Telecomunicações de São Paulo S.A – Telesp (“Telefônica”), this monograph aims to contribute to the theoretical debate about the limits and restraints on the performance of the Regulatory Agency. The new reality imposes not only the adoption of regulatory processes that give privileges to the *lex mercatoria*, but also the negotiation and renegotiation of commitments taken by the State with the economic agents, resulting on the issuance of new and specific rules to each circumstance, on a regulation that is produced by a variety of sources, which substitute the State Law but does not null it.

INTRODUÇÃO

A globalização econômica, também denominada de mundialização pode ser entendida como a abertura das economias nacionais aos mercados estrangeiros, por intermédio do estabelecimento de políticas receptivas e flexíveis, uma vez que o isolamento não é mais possível pois os problemas dos Estados Soberanos se interpenetram, adquirem caráter transnacional.

Embora na globalização prevaleçam as questões econômicas, o direito está diretamente implicado nesse processo porque a globalização coloca em questão a regulação jurídica, uma vez que esta, pelas formas tradicionais, não mais preenche as exigências e urgências absolutamente novas do mercado.

Por forma tradicional de regulação jurídica entende-se o monopólio estatal da regulação, a lei em sua acepção mais comum: regra solenemente formulada por um Poder Competente, de interesse geral e âmbito interno.

No processo de substituição das formas tradicionais de regulação, ocorre a valorização de um direito identificado com a liberdade contratual que tolera unicamente os limites da ordem econômica, denominado de *lex mercatoria*.

Na verdade, a forma tradicional de regulação jurídica como oriunda de um Poder Soberano hermético e inabalável tem sofrido profundas modificações na última década e encontra-se ainda em processo de ajustamento à nova realidade caracterizada pela globalização econômica.

O desenvolvimento das telecomunicações, consolidado pela evolução tecnológica dos meios de comunicação em todo o mundo, associado à convergência das indústrias de informática e impulsionado pela globalização econômica, colocou o setor de telecomunicações brasileiro diante do desafio de modernizar as comunicações e de substituir as formas tradicionais de regulação. Essa substituição teve início com as privatizações, que excluíram o governo do ambiente empresarial, incrementando a eficiência do setor, reestruturando-o.

Como consequência, o processo de regulação jurídica sofreu modificações não somente pela criação de um Órgão Regulador dotado de Poder Normativo, mas também pela instituição de consultas públicas, alterando o tráfego da produção

normativa, que passou a admitir o diálogo plural entre Órgão Regulador, consumidores, prestadores de serviço, empreendimentos transnacionais, órgãos reguladores internacionais, e a comunidade internacional.

A reestruturação foi suportada por uma regulação setorial específica, que dentre diversas disposições, organizou não somente a entrada dos empreendimentos estrangeiros no setor, como também a futura abertura do mercado de telefonia fixa. O País foi dividido em áreas de prestação que foram destinadas a quatro empresas “holdings” (concessionárias), que para desfrutarem da abertura do mercado deveriam cumprir metas de universalização e expansão do serviço telefônico.

Para concretizar a abertura do mercado e fazer cumprir o pilar da competição previsto no modelo do setor de telecomunicações, o Órgão Regulador editou o Regulamento para Expedição de Autorizações para Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC (“Regulamento de Autorizações”),¹ com a finalidade de orientar os pedidos de autorização das operadoras para prestação de serviços de telecomunicações fora das áreas de prestação originalmente outorgadas.

O Regulamento de Autorizações previu, dentre outros procedimentos, que a outorga de autorizações para as concessionárias poderia se dar por aditamento às concessões existentes. Essa disposição do Regulamento de Autorizações foi considerada ilegal e a atuação do Órgão Regulador sofreu questionamentos por parte do mercado e de outros agentes do processo de regulação.

Assim, a partir do processo de expedição das autorizações, a presente monografia discute a regulação jurídica e visa a contribuir para o debate teórico acerca dos limites e possibilidades de atuação do Órgão Regulador em um mercado globalizado e exigente, que requer uma atuação capaz de atender à *lex mercatoria*, passando, necessariamente, pelo canal do direito (*lex jurídica*).

Sem prejuízo da menção à atuação do Órgão Regulador nos processos de expedição de outorgas para outras prestadoras, tomamos como exemplo o caso da Telefônica porque há uma riqueza de informações e de manifestações que colocam em evidência o desempenho do Órgão Regulador na defesa das prescrições do modelo.

¹ Resolução Anatel 283, de 29 de novembro de 2001. Aprova o Regulamento para Expedição de Autorizações para o Serviço Telefônico Fixo Comutado.

A abordagem abrange as decisões judiciais mas não o faz de forma pormenorizada, mencionando-as apenas para caracterizar a presença do Judiciário no processo de regulação e para delas extrair a visão geral do Judiciário acerca da problemática do aditamento aos contratos de concessão.

O desenvolvimento do trabalho apresentou dificuldades inerentes a uma abordagem sobre fenômenos sociais atuais, correntes, inacabados e, ainda porque a reflexão incide sobre a atuação do Órgão Regulador das telecomunicações, que tem sido referência para os Órgãos Reguladores de outros setores (saúde, energia etc.).

O estudo do tema justifica-se na medida em que os limites e possibilidades de atuação do Órgão Regulador sustentam a sua necessidade de preservar o exercício do poder normativo e suas funções e de resguardar a transparência do processo de regulação.²

O tema é incômodo porque diz respeito à soberania e passa pela assunção de que as empresas multinacionais transformaram-se na base da economia mundial e que a produção do direito estaria, aparentemente, prescindindo de sua origem estatal, em um momento da história marcado pela relatividade das escolhas.

Dado que se trata de uma abordagem teórica, a principal fonte de pesquisa foi a bibliografia, tendo sido consultadas, também, a legislação, a jurisprudência específica e a imprensa especializada.

A estrutura do trabalho compreende quatro grandes tópicos : (i) regulação jurídica, que traça comparativo entre a regulação tradicional e a ampliação do conceito de regulação; (ii) regulação e nova realidade que define a *lex mercatoria*, aborda a questão dos acordos de cavalheiros e trata da tecnocracia na produção normativa; (iii) regulação setorial, que fixa o marco regulatório do setor de telecomunicações abordando a criação e o desempenho do Órgão Regulador; e (iv) regulação e processo de regulação, que examina o processo de regulação com enfoque na atuação do Órgão Regulador.

² Sobre a capacidade da norma de refletir o que está de fato estabelecido na vida social, assim se manifesta Tarso Genro : “(...) Mas o mais importante, de outra parte, é que a norma expressa uma relação já estabelecida na vida social concreta, onde o próprio movimento do concreto sofre os impasses impostos pelo próprio concreto apresentado como norma : a concorrência capitalista e o valor dos salários no fluxo do *laissez-faire* sofreram barreiras objetivas, dentro do próprio movimento econômico, através de normas jurídicas, ou seja, a própria necessidade econômica apresenta-se como norma jurídica para generalizar e organizar os efeitos inapeláveis da necessidade.” Cf. GENRO, Tarso. *Por Uma Nova Teoria da Norma Jurídica*. In: Direito e Avesso Ano I nº 1, Brasília : Nair, 1982, pp-31-43.

Dado, ainda, que o paradigma da informalidade está presente na tensão entre regulação jurídica e *lex mercatoria*, para fins da análise dos limites e possibilidades de atuação do Órgão Regulador, o presente trabalho considera, também, duas, dentre as três possibilidades teóricas identificadas por Boaventura e apresentadas por Sousa Junior na reunião de ensaios sobre temas importantes para a sociologia jurídica atualmente: (i) “*não aplicação da lei*” e (ii) “*aplicação seletiva da lei*”³

O referencial teórico é a sociologia jurídica porque a regulação, antes mesmo de sua oficialização é um fenômeno social, razão pela qual o simples conhecimento de suas regras não é suficiente, pois, o desenvolvimento do direito não se dá nos gabinetes do Poder, mas na sociedade.⁴

³ As possibilidades teóricas são assim definidas: “... (i) *a não aplicação da lei* (múltiplas situações em que a legislação não tem qualquer aplicação efetiva sem que, no entanto, seja revogada, mantendo-se formalmente vigente); (ii) *aplicação seletiva da lei* : crise de hegemonia e heterogeneidade das lealdades, provocando instabilidade entre os compromissos que têm que ser constantemente negociados entre grupos, numa situação que se transporta para a legislação promulgada e (iii) *instrumentalização da lei* situação que se verifica sempre que uma lei, um serviço público, uma agência administrativa, são promulgados ou criados formalmente para certos fins, mas na sua aplicação ou práticas efetivas, acabam por ser postos ao serviço de fins diferentes e mesmo antagônicos do que oficialmente objetiva.” Cf. SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002,p-34.

⁴ A mesma idéia é assim expressa por Campilongo: (...)“Também, nos dias de hoje, como em qualquer outra época, o centro de gravidade do desenvolvimento do direito não se encontra na legislação, nem na ciência jurídica, nem na jurisprudência, mas na própria sociedade.” Cf. CAMPILONGO, Celso. *Direito e Democracia*. 2ª Ed. São Paulo : Max Limonad, 2000, p-14.

1. REGULAÇÃO JURÍDICA

1.1 Regulação Jurídica – Formas Tradicionais de Regulação

A regulação jurídica tradicional valoriza a lei por sua origem estatal e não questiona se a lei contém o direito. A visão comum acerca da regulação jurídica é a de que o direito positivo (lei) seria uma criação individual, nascida das mentes dos grandes legisladores (Gaio, séc. II d.C, Justiniano, séc. VI d.C). Essa perspectiva decorre da fama que a história do direito conferiu aos grandes legisladores do passado. O direito como produto histórico de construção coletiva é recente.

A tradição se satisfaz com a verdade da origem estatal do direito e de sua construção individual. A lei no conceito tradicional é a regra jurídica escrita, instituída pelo legislador, eleito pelo povo. Nas palavras do legislador Gaio, a lei é aquilo que o povo ordena e constitui. A lei é genérica, obrigatória, imposta de modo coercitivo e atua mediante regulamentos que não a modificam, mas apenas a tornam operacional.

A idéia contemporânea de lei não se conforma com a construção individual, mas sustenta um processo de construção, fundamental quando se trata de processos de regulação pelo direito, conforme assinala Dobrowolski:

“A idéia contemporânea de lei é diferente. É um plano de ação destinado a modificar a ordem social existente ou simplesmente a resolver um problema específico e concreto. Exprime, pois, uma vontade construtiva, e vem adequar-se à razão instrumental ou operacional do nosso tempo, que desconhece a ordem racional objetiva e admite somente racionalidades subjetivas, considerando racional o que serve para conseguir um objetivo, para resolver um problema. Constituindo um instrumento para a ação, envolve-se com valores diferentes dos jurídicos, como os de natureza técnica ou econômica, aos quais tem de ajustar-se.”⁵

⁵ DOBROWOLSKI, Sílvio. *A Expansão do Poder no Estado Social*. In : Revista de Informação Legislativa, Ano 22 nº 86 abr./jun. 1985, pp-111-112.

Propugnando o direito liberto dos “campos de concentração legislativa”, Roberto Lyra Filho confronta o positivismo, demonstrando que a lei emana do Estado e na medida em que o direito se restringe à lei é direito falso. Basicamente propõe que a norma não seja tomada pelo direito, que a norma pode não ser direito verdadeiro, formando uma legalidade injurídica e ilegítima e que o direito estatal deve ser algo além de um direito material progressista, visto que neste as contradições ocorrem, mas dentro de limites ditados pelo próprio direito material. A legalidade não substitui nem faz presumir legitimidade.⁶

O conjunto de leis se interpenetra e se completa formando um ordenamento capaz de ser reinserido na Lei Fundamental (Constituição Federal) que autoriza a produção de outras normas que lhe tributam coerência, como condição para sua validade.

A ilegalidade será sempre consequência da violação aos preceitos do direito positivo. A legalidade por sua vez, pressupõe a harmonia entre as disposições e os princípios do ordenamento que a legalidade materializa, como explica Sarotte : “A legalidade compreende, portanto, um duplo sentido ou, se se prefere, um duplo aspecto : um considerado a título universal, que consiste na conformidade a um dado regime e se inspira nos princípios que exprimem esse regime, e o outro, que é a conformidade a esta ou àquela regra geral, que figura na legislação vigente, considerada a título particular.”⁷

Lassalle aborda a questão da sociedade refletida na regulação.⁸ A hipótese colocada é a de que toda a regulação de uma sociedade desaparece e dá origem à necessidade de formulação de uma nova Lei Fundamental. Nesse momento as forças sociais (Exército, o Rei, a Nobreza, Clero, Banqueiros e Povo) atuariam no pensamento do legislador para a defesa de seus interesses.

O povo, porém, somente se importa com a liberdade como valor e esboçaria reações somente em situações extremas almejadas pelo legislador, como por exemplo, a adoção de um regime de escravidão. Relativamente a outros interesses, o povo seria

⁶ FAORO, Raymundo. *O Que é Direito Segundo Roberto Lyra Filho*. In : Direito e Avesso, Ano I nº 2, Brasília : Nair. 1982, pp-31-35.

⁷ SAROTTE. Georges. *Materialismo Histórico no Estudo do Direito*. Lisboa : Estampa, 1972. p-304.

⁸ LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1985, 59p.

apenas um elemento de conservação de privilégios e pouca função teria na formulação de uma constituição de caráter ideológico movido pela manutenção de privilégios.

Nesta situação, o bem da sociedade inteira renasceria a partir de uma clivagem indevida, ou porque o povo somente age em situações extremas ou porque as demais forças sociais são comprometidas com seus próprios privilégios. Conseqüentemente, a regulação a partir dessa clivagem apresentaria falhas de completude. Isto é, as normas que satisfazem a uma determinada força social freqüentemente desagradam a outras e infalivelmente desconhecem a noção mais ampla de necessidade pública.

No pensamento marxiano a estatização dos meios de produção é um valor retratado nas orientações governamentais que privilegiam a intervenção do Estado na economia. Por outro lado, o Estado Mínimo revela-se como um valor nas democracias fundadas no *laissez-faire, laissez passer*, onde a ação da ideologia liberal paira acima das decisões políticas.

A regulação é, portanto, plural, muito embora deva refletir a realidade de cada grupo e deva realizar os valores que a comunidade em sua soberania define como supremos. Assim, pensar a regulação somente a partir de sua gênese estatal (daquele que tem a função de legislar) equivale a admitir que o movimento da sociedade para o Estado é desnecessário no processo de produção normativa porque o Estado é infalível ou “The king can do no wrong.”⁹

1.2 Regulação Jurídica - O Conceito Ampliado

A modernidade trouxe para os operadores do direito a intensa utilização da expressão regulação jurídica, cujo emprego era dificilmente percebido no Brasil antes de iniciados os processos de desestatização e privatização das empresas estatais.

Mas, o que há de novo, se no campo do direito não se observam mudanças teóricas? Isto é, se direito não é Estado e se a ciência do direito já admitia a existência de um direito antes do Estado, contra o Estado e acima do Estado a intensificação no emprego da expressão regulação jurídica teria mesmo algum significado novo?

⁹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris : 1988. p-25.

Se por um lado, regulação jurídica não é atividade nova, de outro lado abriga o movimento como novidade. Esse movimento é a própria crise pela qual passa o Estado, que encontrou, por fim, um espaço de variação e que paulatinamente perde suas características de invariabilidade, mas transforma-se em mediador do mercado nos processos de regulação.

No contexto dessa nova realidade observa-se que não basta a existência de regulamentos jurídicos eficientes. O processo de regulação deve estar apto a atender à economia globalizada, ante o fato de que as economias nacionais sofrem o influxo das políticas internacionais, em um fenômeno que tem sido denominado de “deep integration”.¹⁰ Mas o mais importante é que nem o mercado e nem a regulação sozinhos são capazes de atender às exigências desses tempos de modernidade.

Como a regulação está inserida em uma totalidade normativa, em um sistema dinâmico, o desenvolvimento de uma regulação jurídica aderente às exigências da globalização econômica requer, de certo modo, a revogação do princípio do Estado Moderno, que se encontra em crise. Aliás, o conceito de Estado de que faz uso a Teoria Geral do Estado, como sendo a nação politicamente organizada está passando por um processo de mudança. A soberania enquanto componente do Estado não pode mais ser considerada em seus atributos de inalienabilidade, imprescritibilidade e unicidade, a menos que o Estado opte por ver-se excluído da ordem mundial.¹¹

A crise do Estado é a crise da soberania diante da fragmentação operada pela globalização. Melhor dizendo, o poder decisório adquire, por força da globalização econômica, uma diversidade de partições, que são resultado da necessidade de atender às diversas esferas normativas internas e externas ao Estado Nacional.

A regulação jurídica fragmentada resulta da exploração das contradições do direito positivo, melhor dizendo, resulta da insuficiência do positivismo enquanto movimento que recusa a comunidade como produtora do direito.

Essa fragmentação, que se torna evidente pela globalização econômica, exige que o Estado modifique sua forma de intervenção e exerça função reguladora, como uma atividade diferenciada e dificilmente enquadrável na tripartição de Poderes,

¹⁰ Cf. ARNAUD. André Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p-162.

¹¹ Cf. CAMPILONGO, op.cit., p-100.

embora seja exercida por entes reguladores que fazem parte do Estado. Essa atividade diferenciada tem sido marcada por posicionamentos aderentes à modernidade, no sentido de que as soluções são inéditas.

A manifestação normativa encontra-se fragmentada pela relação com um tipo de regulação mundial que algumas vezes ultrapassa os Estados sem que eles possam se opor deslocando a produção normativa do Estado para a sociedade ampliando o conceito de regulação jurídica, ampliação esta que é uma condição para que o Estado aprimore seus processos de regulação e como consequência sua capacidade de discussão no âmbito da ordem mundial.¹²

O regulamento jurídico aplicável a cada caso, não é fruto de uma concepção única, sua formação é plural, muito embora o mundo jurídico não tenha mudado tanto. O universo normativo não se rendeu, ele já existia. Isto é, há um certo distúrbio no estudo jurídico, mas a novidade está no pragmático.¹³

As estruturas de produção mudam constantemente para abrigar novas tecnologias, novas competências, novos ciclos e a regulação deve acompanhar esse processo que nada mais é do que o movimento da globalização econômica. É claro que a conjuntura política de cada país é levada em consideração, desde que as decisões possam ser flexíveis e facilmente modificáveis, porque somos uma aldeia global tudo está conectado.

Os meios internacionais de comunicação criam movimentos de opinião distanciados dos movimentos sociais onde os grupos reais podem avaliar a ação coletiva, produzindo o questionamento de vários paradoxos : a africana excisada, a brasileira cativa da estética valorizadora do prazer masculino, a baía de Guantânamo em Cuba, o cárcere privado no Irã, o neonazismo alemão, a poligamia na Arábia Saudita, o

¹² Cf. SOUSA JUNIOR, op.cit., p-29 .

¹³ A idéia de que a novidade está no pragmático é reforçada na seguinte explanação : “...não se pode olvidar que houve um debilitamento do princípio da generalidade da lei, porquanto esta passou a ser incompatível com a mobilidade acentuada das estruturas (sociais, políticas, econômicas) e com a volubilidade daí decorrente, e, bem assim, porque se manifestou uma impossibilidade de construção sistemática e racional de um modelo legislativo dotado de fixidez. Por isso mesmo, modificou-se, substancialmente, o instrumental jurídico, que passou a ser baseado na concretude fática, na maleabilidade das estruturas vigentes e na persuasão via premialidade e não mais na imposição de medidas de caráter repressivo, em razão mesmo da irrealizabilidade destas no que tange aos “capitais voadores” e às “empresas invisíveis”, com corpo e personalidade, em princípio, inalcançáveis.” Cf. FERNANDES, Luciana de Medeiros. *O Estado Administrador e a Integração Econômica*. Monografia aprovada no III Congresso Internacional de Direito realizado em Recife em Novembro de 1999, disponível na internet no seguinte endereço : www.bureaujuridico.com.br.

menor abandonado no Brasil, a revolta do Carandiru, o massacre da candelária no Rio de Janeiro, os ataques ao World Trade Center.

O mundo inteiro está interligado pela comunicação virtual. Tomar conhecimento em tempo real do que ocorre em outros Estados do Planeta é possível porque a tecnologia da informação é ferramenta poderosa que deve estar disponível a todos.

Diante de toda essa conexão, o Estado não poderia deixar de ser consumido pela necessidade de mudança, traduzindo sua capacidade de articulação em energia regulatória.

2. REGULAÇÃO JURÍDICA E NOVA REALIDADE

2.1 A *Lex Mercatoria*

A necessidade de trocas tecnológicas com as culturas estrangeiras corporificadas nos particulares contratados pelo Estado como executores dos serviços de telecomunicações, trouxe a globalização econômica para o processo de regulação. A globalização econômica modifica a produção da regulação jurídica pois obriga o Estado a olhar para além de si próprio e de sua contextura, dirigindo sua visão para a ordem mundial que adquire relevância no processo de regulação.

O vínculo que passa a unir contratante (Estado Brasileiro) e contratado (particular executor do serviço) informa ao processo de regulação que a simples referência à soberania estatal não é mais suficiente para assegurar o cumprimento da função regulatória porque “...a nação se torna pequena demais para resolver os grandes problemas, como também grande demais para resolver os pequenos.”¹⁴

O processo de regulação encontra-se diante daquilo que a sociologia jurídica tem denominado de nova realidade, caracterizada por uma exigência de agilidade que tem modificado a forma tradicional de regulação. Essa modificação é consequência da não oficialidade, da informalidade no estabelecimento de regras pelas comunidades e certamente do temor de que a regulação estatal não venha a produzir efeitos, como bem assinala Sousa Junior ao citar Canotilho :

“...o paradigma do informal não se pode desligar do debate em torno do refluxo político e do refluxo jurídico; no âmbito político assiste-se ao refluxo da política formal (do Estado, dos parlamentos, dos governos, das burocracias, das informações sociais regidificadas); no domínio jurídico, o

¹⁴ “Los problemas económicos del mundo actual ya no pueden resolverse a nivel nacional ni mundial. Según la expresión de Lord Frank: ‘La verdad es que el mundo es demasiado grande y la nación individual demasiado pequeña. Las agrupaciones regionales son un suceso natural’. Cf. VACCHINO, Juan Mario, citado por FERNANDES, Luciana de Medeiros. *O Estado Administrador e a Integração Econômica*. Monografia aprovada no III Congresso Internacional de Direito realizado em Recife em Novembro de 1999, disponível na internet no seguinte endereço: www.bureaujuridico.com.br.

espetáculo é o refluxo jurídico (deslocação da produção normativa do centro para a periferia, da lei para o contrato, do Estado para a sociedade) ”¹⁵

A informalidade que faz com que a comunidade se organize e produza suas próprias regras é fenômeno que também ocorre no plano das relações comerciais internacionais ou transnacionais, dando origem a uma regulação que é de todos e não é de ninguém, a um direito aplicável às relações transnacionais, denominado de direito mundial, *lex mercatoria*, ou em uma acepção mais rigorosa, nova *lex mercatoria*. Conforme Boaventura, entende-se por nova *lex mercatoria* o : “...espaço jurídico internacional em que operam diferentes tipos de agentes econômicos cujo comportamento é regulado por novas regras internacionais e relações contratuais estabelecidas pelas empresas multinacionais, pelos bancos internacionais ou por associações internacionais dominadas por umas ou por outros.”¹⁶ Esse direito da produção, do mercado requer um processo de regulação apto a atender à economia globalizada.

Um outro conceito, mais sintético, nos é dado por Faria : “...É esse o caso, por exemplo, da *lex mercatoria*, o corpo autônomo de práticas, regras e princípios constituído pela comunidade empresarial transnacional para auto-disciplinar suas relações.”¹⁷

Muito embora os rumos da globalização só possam ser influenciados por instituições internacionais, porque é um movimento de fora para dentro, o fato de a *lex mercatoria* respeitar o direito de cada país obriga ou induz um esforço maior dos direitos nacionais para serem flexíveis e estarem atentos ao que se passa nos empreendimentos transnacionais. Isto porque esses têm ocupado espaços destinados à atuação dos governos, como se um novo poder fossem, conforme revela Panitchpakdi:

¹⁵ Cf. SOUSA JUNIOR, op. cit., p-30.

¹⁶ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente. Contra o Desperdício da Experiência*. São Paulo : Cortez. 2001, p-206.

¹⁷ FÁRIA, José Eduardo. *Direitos Humanos e Globalização Econômica*. In : Revista Direito, Estado e Sociedade nº 12. Artigo On line. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, disponível na internet no seguinte endereço : [www.puc-rio.br/sobrepuc/deptº/direito/revista/artigos on line](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/deptº/direito/revista/artigos%20on%20line).

“A última pesquisa das 100 maiores economias do mundo revelou que cinquenta delas não são países, e sim corporações”.¹⁸

Exceto pelo influxo da tecnologia da informação, regulação e globalização econômica não são novidades, o que é novo é o ritmo no qual se passam as mudanças e o referencial, que no âmbito na nova realidade já não é mais o Estado Brasileiro e sim a ordem mundial, que obriga a transparência das relações entre os agentes do processo de regulação.

A complexidade do processo de regulação do qual participam diversos agentes impulsiona a busca de soluções inéditas e consolida a modificação das estruturas jurídicas, notadamente na expansão do direito não oficial. Mas a questão é que não estamos tratando mais de um direito interno, mas de um direito transnacional que está a influenciar a regulação interna. Os cidadãos do mundo estão unidos no espaço jurídico internacional.

A democracia, segundo registra Bobbio, no contraste entre o que foi prometido e o que foi efetivamente realizado, deixou de cumprir algumas promessas, das quais ele destaca as seis seguintes : (i) a vontade geral é soberana, o poder é um só, mas atualmente existem vários centros de poder, a sociedade é pluralista; (ii) a assembléia eleita pelo povo é soberana, mas atualmente vigora o acordo entre grandes organizações que nada tem a ver com a representação política; (iii) o poder de poucos ou poder oligárquico deve ser eliminado, mas atualmente as elites se impõem e concorrem entre si para a conquista do voto popular; (iv) os espaços para exercício de cidadania são amplos, mas, atualmente esses espaços são limitados; (v) o poder deve ser transparente, mas a informação acerca de tudo e sobre todos é um ideal inatingível e (vi) a cidadania é resultado do exercício ativo da democracia, mas a apatia política e o desinteresse pela coisa pública prevaleceu.¹⁹

Ainda que tenha havido um nível de utopia e que os ideais democráticos não fossem, desde sempre, realizáveis, a questão das promessas não cumpridas está inserida no contexto da globalização econômica porque uma das promessas da *lex mercatoria* é o respeito aos direitos nacionais. Assim, o espaço jurídico internacional será tanto

¹⁸ Cf. PANITCHPAKDI, Supachai. *Ricos contra Pobres*. In: Veja. Revista Semanal de Informações. São Paulo : Editora Abril. Edição de 20 de novembro de 2002, pp-11-15.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo : Paz e Terra : 1992, pp-22-31.

melhor e mais legítimo quanto permitir a interdependência entre democracia e liberalismo pelo que deve cumprir a sua promessa de respeito aos direitos nacionais.

É preciso atender ao princípio do mercado, que consiste nas alianças comerciais e políticas entre os agentes econômicos que são a um tempo parceiros e opositores entre si. As alianças entre os parceiros de mercado trazem para o Estado Nacional o desafio de regular o plano econômico nacional em consonância com as regras do mercado que é transnacional.

Assim, a articulação entre o direito mundial e o direito interno de cada país e a articulação do mercado com os Estados é tão intensa que provoca uma espécie de medição da legalidade, um conjunto de ações práticas que visam a determinar os custos do cumprimento ou descumprimento das regras.

Há uma tensão entre aquilo que o mercado espera e aquilo que é efetivamente possível fazer segundo os limites do próprio direito (*lex jurídica*) pois, segundo Arnaud, “...uma regulação social não pode, com efeito, libertar-se das disposições jurídicas fundamentais que definem o caráter público da ação, a repartição dos papéis institucionais, a legalidade das ações, a legitimidade das autoridades de decisão e de controle.”²⁰

Como tratamos no tópico 1.1 a existência de um direito informal e não oficial não é idéia nova na doutrina jurídica. O pensamento de Lyra Filho²¹ já nos fornecia, na década de 80, do século passado, as bases dessa captação do direito, da construção do direito não originado no Estado, conforme abordamos anteriormente. É inegável que há direito em um dado momento, ainda não absorvido pela dinâmica legislativa, como é o caso do direito de moradia, tornado positivo pela Emenda Constitucional nº 26, mas preexistente a essa providência do Estado.

2.2 Acordos de Cavalheiros

A nova realidade contém elementos do Estado Social e do Estado Liberal em uma nova configuração. Essa nova configuração surge de rupturas institucionais que

²⁰ ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p-160.

²¹ LYRA FILHO, Roberto. *Pesquisa em Que Direito?* Brasília : Nair : 1984, p-6.

evidenciam a crise da autoridade do Estado contemporâneo. Assinala Faria que uma das rupturas é a “expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (*“lex mercatoria”*), como decorrência da proliferação dos foros descentralizados de negociações estabelecidos pelos grandes grupos empresariais.”²² Os acordos de cavalheiros fazem parte dessa nova configuração pois são instrumentos da nova *lex mercatoria*. Por um lado é preciso que o Estado seja provedor e de outro lado é preciso que o Estado seja mediador de interesses e não passivo diante dos conflitos. Essa recusa da passividade exige esforços relacionais no âmbito administrativo (executivo) e no âmbito da produção normativa (legislativo). Esses esforços relacionais ou comportamentais são, na verdade, a disposição para a aceitação da negociação como categoria inerente à nova realidade.

O processo de solução dos conflitos deve ser um espaço de negociação e renegociação, de celebração de protocolos de intenções, memorandos de entendimentos, acordos de cavalheiros. Trata-se de um espaço reforçado pela nova realidade porque na regulação estão presentes Estado, mercado e comunidade.²³

Os acordos de cavalheiros são uma realidade que deve inserir-se no regime democrático porque trata-se de um regime aberto, em constante construção. A visão comum é a de que os acordos de cavalheiros são instrumentos que não comportam formalidade e que portanto não contém ou não podem conter o Estado.²⁴ Mas essa não

²² FARIA, José Eduardo. *Globalização Econômica e Reforma Constitucional*. In: Revista Direito, Estado e Sociedade nº 9. Publicação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, disponível na internet no seguinte endereço : www.puc-rio.br/sobrepuc/deptº/direito/revista/artigos on line.

²³ “... É particularmente no campo do direito econômico que existe a possibilidade de uma legalidade negociada, uma legalidade efêmera e intersticial onde o dualismo norma/facto desaparece quase completamente.” Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p-121.

²⁴ “Neste cenário, o “bolo” das concessões do serviço público de energia elétrica tenderia a ser dividido entre um número bastante limitado de grupos privados, que pressionariam fortemente o governo para atuarem, se possível, em estruturas monopolistas de fato, ou, como segunda opção, em estruturas oligopolistas seladas por **“acordos de cavalheiros”** entre si e com o governo, no que diz respeito à divisão do mercado e à fixação das tarifas, e formalizados através de “licitações de fachada”. Dificilmente, no cenário “privatista”, um governo rígido seguidor do princípio neo-liberal do “Estado mínimo” seria capaz de induzir um razoável nível de competição no setor, em um país cuja economia, em geral, tem estado pouco afeta a este princípio, onde há uma longa tradição de proteção governamental a uns poucos grupos empresariais privados e onde a legislação vigente, como a lei antitruste, e as próprias forças políticas do país têm sido incapazes de romper com este círculo vicioso.” (grifo nosso). Cf. BAJAY, Sergio Valdir. *Perspectivas de Evolução Institucional do Setor Elétrico Brasileiro e as Correspondentes Políticas Energéticas*. In: Revista Brasileira de Energia. Vol. 4 nº 1, 1995, disponível na internet no seguinte endereço : www.sbpe.org.br

é a mensagem transmitida pela globalização econômica. Na verdade, a compatibilização do direito mundial com o direito nacional pressupõe a existência de uma mesa de negociações e renegociações constantemente em funcionamento, regida pelo princípio da transparência. Mas, a própria existência da mesa de negociações requer um esforço das esferas tradicionais do poder político (executivo, legislativo e judiciário) para configurar, com fundamento nos princípios fundamentais do direito, as regras desse espaço.

No direito positivo brasileiro há exemplos de mecanismos de regulação que resultaram da absorção, pelo Estado, da dinâmica social, como é o caso dos acordos que ocorrem no âmbito da legislação antitruste e da legislação de consumo onde a nova realidade materializa-se pela oficialização da informalidade. Isto é, tanto a regulação jurídica da defesa do consumidor, quanto a regulação jurídica da defesa da concorrência prevêm mecanismos de acordos para cessação de práticas consideradas abusivas. Tais mecanismos são os Termos de Compromisso de Cessação e os Termos de Ajustamento de Conduta. Esses mecanismos não surgiram pelo labor do legislador, mas foram resultado de um processo de regulação no movimento da sociedade para o Estado, como se tais acordos existissem antes e tivessem sido cumpridos sigilosamente por longo período até deixarem a clandestinidade. Então, os acordos não podem mesmo ficar no plano informal, mas devem passar pelo canal do direito.

É nessa esfera de convivência entre o liberalismo, a modernidade e o direito que o princípio do mercado integra a regulação que não é uma função normativa, jurisdicional ou administrativa, mas é avaliada como uma “espécie de governo de setor.”²⁵

2.3 Regulação de Especialistas – A Tecnocracia

A globalização econômica apesar de ser um movimento internacional requer um esforço do direito nacional para conhecer e atender às regras geradas pela ordem mundial. Há uma espécie de interdependência. Essa interdependência ou ajuste do

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo : Dialética, 2002, p-16.

direito interno com o direito mundial está diretamente relacionada com a atividade dos operadores do direito.

Ocorre que essa atividade tem sido executada por especialistas. Na visão de Giddens, “um especialista é qualquer indivíduo que pode utilizar com sucesso habilidades específicas ou tipos de conhecimento que o leigo não possui. ‘Especialista’ e ‘leigo’ têm de ser entendidos como termos contextualmente relativos.”²⁶

Por questões absolutamente práticas, os especialistas ameaçam o direito. Isto porque no processo de interpretação das leis pode ocorrer que o especialista desconsidere disposições jurídicas fundamentais, como, por exemplo, o fato de que o Estado é protetor do ordenamento social no qual as trocas econômicas ocorrem.

Os especialistas tendem a não considerar o direito em sua acepção maior. O especialista, de certo modo, substitui o jurídico pelo técnico, até porque a eficiência técnica soluciona as questões de modo racional. O preparo em assuntos econômicos e de engenharia é fundamental porque é preciso que as soluções sejam objetivas e purificadas do domínio da paixão.

A atuação na produção da regulação, de especialistas técnicos que conhecem as jurisprudências e as legislações mas que não são juristas ou advogados é apenas uma das características da *lex mercatoria*. Suas regras não são de fácil determinação como as regras do direito nacional.

A regulação de telecomunicações no antigo sistema estatal era puramente empírica, nascida da atividade dos dirigentes e técnicos do setor e especialistas do antigo sistema, que embora servidores públicos, não tinham o *múnus público* da produção legislativa ou da regulação.

Sobre o caráter empírico da função regulatória anterior é importante salientar o fato de que teoria e prática são duas faces de uma mesma moeda, razão pela qual é importante resistir ao empirismo, que tem o potencial de nos afastar da reflexão emancipadora.

De fato, a regulação é teoria e prática porque o estabelecimento de regulamentos implica a retificação crítica da antiga forma e a produção da nova, num só e mesmo processo. Quando Althusser nos adverte a resistir às tentações do empirismo

²⁶ GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich, LASH, Scott. *Modernização Reflexiva*. São Paulo : UNESP. 1997, p-105.

ele nos permite depreender que o regulador não deve olhar a realidade com ingenuidade, mas deve observá-la a partir do conjunto de conhecimentos que possui que não são nascidos da experiência, mas da reflexão.²⁷

A retificação crítica da antiga forma está relacionada com o fato de que a atividade regulatória é, também, uma atividade reflexiva pois é executada por um órgão autônomo, mas não é somente isso. Essa reflexividade está relacionada com o fato de que a regulação não considera somente a origem estatal das regras, mas busca na sociedade, na comunidade, no mercado os argumentos de suas decisões. Assim, não se pode negar a necessidade de pensar sobre o que está ocorrendo, porque existe muito a ser feito para além do momento presente.

Na verdade, a regulação jurídica clássica está vivendo uma transição paradigmática,²⁸ porque está sendo produzida por especialistas técnicos multidisciplinares. Aos agentes econômicos não interessa o respeito às leis pelo simples dever de respeitá-las. Os empreendedores avaliam o custo da observância de certas regras com o propósito de decidir sobre o cumprimento ou descumprimento das regras. A base da reflexão é pragmática e as críticas e propostas de alteração dos regulamentos são amplamente utilizados como instrumentos de influência no processo de regulação.

Nesse contexto, o Estado torna-se, também, instrumento da técnica e esforça-se para compatibilizar suas decisões às exigências da mundialização que pretende, embora não declaradamente, sufocar as expressões de autonomia local. A compatibilização de interesses é facilitada porque a competência regulatória é exercida de forma eminentemente prática.

A tecnocracia está presente em todas as grandes estruturas, desde a alta administração do Estado até às grandes empresas industriais. Porém, a linguagem técnica afasta o cidadão comum do exercício do direito de emitir sua opinião. Essa é a visão de Bobbio : “...se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se na hipótese

²⁷ A teoria e a prática são indissociáveis, embora a prática seja tentadora, conforme reforça Althusser : “É preciso um esforço real pra resistir às tentações do empirismo para o qual apenas existem objetos reais-concretos, para aceitarmos criticar as suas evidências ideológicas, para as criticarmos verdadeiramente, e para nos situarmos ao nível da teoria, isto é, dos seu objetos formais-abstratos.” Cf. ALTHUSSER, Louis. *Sobre o Trabalho Teórico*. 2ª ed. Lisboa : Martins Fontes. 1978,p-35.

²⁸ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Op.cit., p-42.

de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados para decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos.”²⁹

Nesse sentido é que Dobrowolski dá ênfase à forma de trabalho dos tecnocratas: “Os tecnocratas decidem às ocultas, nos seus grupos, sem qualquer responsabilidade política. É o governo de ninguém na expressão de Hannah Arendt de difícil controle, mais ainda porque as decisões aparecem envoltas em mistério e um halo de santidade que a técnica lhes empresta”.³⁰

Contudo, a democracia se mostra incompatível com o segredo no preparo das decisões. Esse segredo é parte de um processo do tratamento privado que está sendo dado aos assuntos públicos. A questão é que o comportamento tecnocrático é coerente e desejado no âmbito da nova realidade, da realidade de um estado em crise que precisa flexibilizar-se para manter-se no processo de regulação jurídica.

²⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 5ª ed. São Paulo : Paz e Terra, 1992 p-34

³⁰ Cf. DOBROWOLSKI, Sílvio. Op. cit., p-120.

3. REGULAÇÃO SETORIAL ESPECÍFICA

3.1 Regulação do Setor de Telecomunicações

“Regulação é um controle prolongado e localizado, exercitado por uma agência pública sobre uma atividade à qual uma comunidade atribui relevância social.”³¹

Telecomunicações é atividade socialmente relevante e a substituição das formas tradicionais de regulação resultou das mudanças no setor, que por sua vez foram consequência da evolução dos meios de comunicação, da convergência tecnológica e da globalização.³²

A regulamentação e a legislação do setor de telecomunicações no Brasil é considerada moderna e favorável à competição. Mas nem sempre foi assim. A história revela que na década de 50 no século passado, existiam mais de 1000 companhias telefônicas no país o que implicava na prestação de um serviço cuja qualidade dependia do tamanho da companhia telefônica. Em virtude disso, foi publicado o Código Brasileiro de Telecomunicações que concentrou a regulamentação no Governo Federal. Em 1972 foi criada a Telebrás para unificar as empresas municipais em empresas estaduais. A Telebrás exerceu durante 26 anos o controle do monopólio das telecomunicações no Brasil. Em 1995 estudos revelaram que havia uma grande necessidade de telefones no Brasil que somente poderia ser satisfeita com investimentos externos.

Os investidores estrangeiros não se interessam por um ambiente regulatório marcado pela intervenção excessiva do governo. O mercado tem novas, crescentes e

³¹ AZEVEDO MARQUES NETO. Floriano Peixoto de. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo : Malheiros. 2002, p-200.

³² “A tecnologia da informação tornou-se a peça fundamental do desenvolvimento da economia e da própria sociedade. Isto significa que o atraso relativo do nosso país deverá ser necessariamente superado, como condição para retomar o processo de desenvolvimento. Não se trata apenas de alcançar uma maior difusão de um serviço já existente, por uma questão de equidade e justiça. Trata-se de investir pesadamente em comunicações, para construir uma infraestrutura forte, essencial para gerar as riquezas de que o país necessita para investir nas áreas sociais”. Cf. PRATA, Expedito et alii. *Sérgio Motta – O Trator em Ação*: Frase de Fernando Henrique Cardoso em sua proposta de governo – Mãos à Obra Brasil-Brasília – 1994.

urgentes necessidades que requerem um ambiente adequado para que as regras do livre-comércio funcionem. Por isso, a privatização das telecomunicações no Brasil apresentou-se, como a ordem desejada pela sociedade brasileira, mas conforme destaca Campilongo, “...privatizar estatais é apenas uma minúscula faceta da mudança. Discute-se agora a capacidade do Estado de manter o suposto monopólio na produção do direito”³³

A constatação de que eram necessários investimentos externos deu início ao processo de privatização, tendo o congresso brasileiro autorizado a entrada de investimentos privados nacionais e estrangeiros no setor de telecomunicações.

A Emenda Constitucional nº 8 em 1995 deu fim ao monopólio e conferiu à exploração dos serviços de telecomunicações “status” de atividade concedida à iniciativa privada consolidada nas concessões outorgadas.

Para lograr êxito o Ministério das Comunicações preparou um programa de reestruturação denominado PASTE (Programa para Recuperação e Expansão do Sistema Postal e de Telecomunicações) para o período 1995-2003. Esse programa serviu de guia para os investidores estrangeiros.

O modelo de telecomunicações no Brasil foi estruturado em torno de três pilares fundamentais : competição, universalização e qualidade. O primeiro passo para a obtenção desse modelo se deu em 1996 com a aprovação da lei conhecida como Lei Mínima que liberou o serviço móvel celular³⁴.

A etapa seguinte foi a promulgação da denominada Lei Geral das Telecomunicações (“LGT”)³⁵ que altera definitivamente a organização e a exploração das telecomunicações no Brasil, e estrutura a competência da União para organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, fazendo incluir na organização o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, fixando, também, os deveres do poder público e os direitos dos usuários.

³³ CAMPILONGO, Op.cit., p-111.

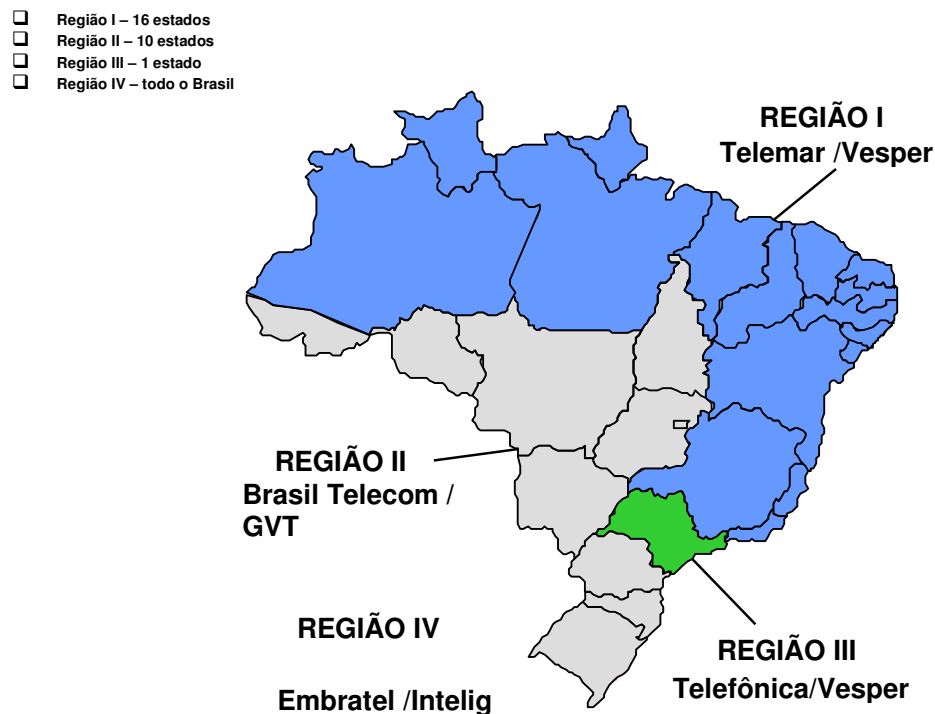
³⁴ Lei nº 9295, de 19 de julho de 1996

³⁵ Lei 9.472 de 19 de julho de 1997

A partir da edição da Lei Geral das Telecomunicações e da consequente privatização do Sistema Telebrás, a prestação de serviços de telecomunicações passou a ser regulada por um novo conjunto de regulamentos e normas que disciplinam o atingimento dos objetivos do modelo. Essa regulamentação, dentre outros aspectos, conferiu aos serviços de telecomunicações a seguinte classificação: (i) Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC; (ii) Serviços Móveis – SMC/SMP; (iii) Serviços de Comunicação Multimídia – SCM; (iv) Serviço de TV por Assinatura e (v) Radiodifusão.

O modelo prevê o funcionamento de quatro empresas “holdings” (concessionárias) com suas respectivas empresas espelho (autorizadas), sendo três de telefonia fixa nas modalidades local e longa distância intra-regional e uma de longa distância nacional e internacional. Essas empresas tiveram sua atuação delimitada às áreas objeto de suas outorgas, uma vez que o território brasileiro foi dividido em áreas que constituem Regiões conforme mostra a Figura 1.

FIGURA 1 – Estrutura de Prestação do STFC



3.2 Regulação e Órgão Regulador

A Lei Geral das Telecomunicações criou o Órgão Regulador e estabeleceu diretrizes para a privatização da Telebrás, dando fim ao papel desempenhado pelo Estado na prestação de serviços de telecomunicações, convertendo-o em regulador dos serviços.

O Órgão Regulador surge como um órgão administrativo independente que possui autonomia financeira. Tanto a capacidade de resposta à demanda por regulamentação, quanto a confiança dos investidores na transparência e legalidade do processo regulatório no Brasil foram incrementados em razão da autonomia concedida ao Órgão Regulador.

A estrutura do Órgão Regulador foi inspirada em organismo estrangeiro, conforme descreve Martins: “...um órgão regulador forte e autônomo, nos moldes da Federal Communications Commission norte-americana, capaz, em tese, de se impor frente aos grandes players, inclusive estrangeiros, interessados em explorar o mercado brasileiro.”³⁶

As principais funções do Órgão Regulador são as seguintes : (i) emissão de regras para outorga, prestação e utilização dos serviços de telecomunicações; (ii) estabelecimento, controle e homologação da estrutura de tarifas para cada tipo de serviço; (iii) celebração e administração dos contratos de concessão; (iv) proteção à concorrência e a repressão às práticas anticompetitivas, resguardando as funções do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; (v) administração do espectro de radiofrequências e a utilização das órbitas satelitais; (vi) definição dos tipos de serviços no que diz respeito a objetivos, abrangência, meios de transmissão, tecnologia empregada e outros fatores; e (vii) fiscalização da prestação dos serviços e aplicação das sanções por violação da regulamentação.

A Lei Geral das Telecomunicações incorporou o *modus operandi* do extinto sistema estatal na medida em que admitiu a utilização transitória da regulação que regia a exploração na cultura do monopólio, prevendo a paulatina substituição dos regramentos vigentes por novos regramentos a serem colocados pelo Órgão Regulador.

³⁶ MARTINS, Marcus Augustus. *O Brasil e a Globalização das Comunicações na Década de 90*. Monografia apresentada à Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Relações Internacionais. 1999, p-81.

Nesse processo o Órgão Regulador faz uso das consultas públicas. A edição de regulamentos é obrigatoriamente submetida aos comentários da sociedade. Os comentários podem ter origem em qualquer lugar do planeta. Isto é, configuram o aspecto transnacional do processo de regulação. Qualquer entidade, organismo ou cidadão do mundo pode opinar sobre a edição dos regulamentos que regem o setor de telecomunicações.

As consultas públicas são parte do processo de regulação que torna possível a articulação e a mediação de interesses. O mercado se posiciona e desse posicionamento surge a regulação aplicável. A proposta é a preservação de um espaço que viabilize a interlocução entre os agentes do processo de regulação (poder político, administração, comunidade nacional, mercado global), de forma mais ágil e libertária que os espaços tradicionais (Legislativo, Executivo e Judiciário).

A adoção de consultas públicas na produção da regulação jurídica no Brasil é mecanismo extremamente novo, que descortina a atividade do Órgão Regulador, sendo elemento constitutivo da democracia dos processos de regulação. E a razão pela qual as consultas públicas são constitutivas da democracia dos processos de regulação é o fato de que a democracia pressupõe a participação, a construção e a reconstrução permanentes. Então, as consultas públicas não são apenas uma forma prática de produção da regulação, consentânea com as práticas regulatórias globais, mas são uma condição requerida pelo Estado Democrático de Direito. Isto porque ou o processo de regulação é participativo, ou não será democrático.

As consultas públicas são, também, o *locus* no qual se dá o “trade-off” da produção normativa, ou seja, o Órgão Regulador se encontra com a sociedade e estabelece as trocas inerentes ao contrato (livre iniciativa, livre concorrência), até porque há uma preocupação com o cumprimento dos compromissos assumidos com os agentes econômicos que trouxeram investimentos externos para o setor de telecomunicações.

A prática das consultas públicas tem sofrido aprimoramentos a cada ano de exercício das atividades do Órgão Regulador. Um exemplo desse aprimoramento foi o estabelecimento de uma rotina para a divulgação das justificativas do Estado para aceitação ou não dos comentários recebidos. Essa providência evita que a burocracia

estatal dê tratamento privado à coisa pública institucionalizando o segredo, que é uma forma privada de tratar de negócios, mas que não deve ter lugar quando o assunto é a coisa pública. Isto é, apesar da tendência de consolidação dos interesses privados em interesses públicos ou da privatização dos espaços públicos conforme assinala Ribeiro,³⁷ a transparência é requisito para uma regulação que seja fruto do encontro do Estado com a sociedade.

O Ministério das Comunicações que antes da criação do Órgão Regulador era o ente governamental responsável pela regulamentação de todos os serviços de telecomunicações no país, assumiu a competência de estabelecer as políticas públicas. Tais políticas públicas passaram a assegurar o acesso às telecomunicações a toda a população, estímulo à expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações, diversidade dos serviços, fortalecimento do papel regulador do Estado, promoção da competição pela criação de oportunidades de investimento na tecnologia e na indústria com vistas ao desenvolvimento harmônico do setor com as metas de desenvolvimento social do País.

Nessa tarefa, verifica-se uma tendência a uma regulação cada vez mais flexível que se ajusta às necessidades urgentes e imprevistas advindas do intenso comércio mundial.

Convertido em regulador, o Estado, por intermédio do Órgão Regulador, passou a atuar como mecanismo de coordenação, de adequação de interesses, de ajustes pragmáticos e não mais como o espaço de deliberação, alocação de recursos e imposição de comportamentos obrigatórios.

³⁷ RIBEIRO, Lavina Madeira. *Jurgen Habermas : A Esfera Pública como Categoria Histórica*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de Brasília – UnB, 1985, p-39.

4. REGULAÇÃO E PROCESSO DE REGULAÇÃO

4.1 Regulação da Abertura do Mercado de Telefonia Fixa

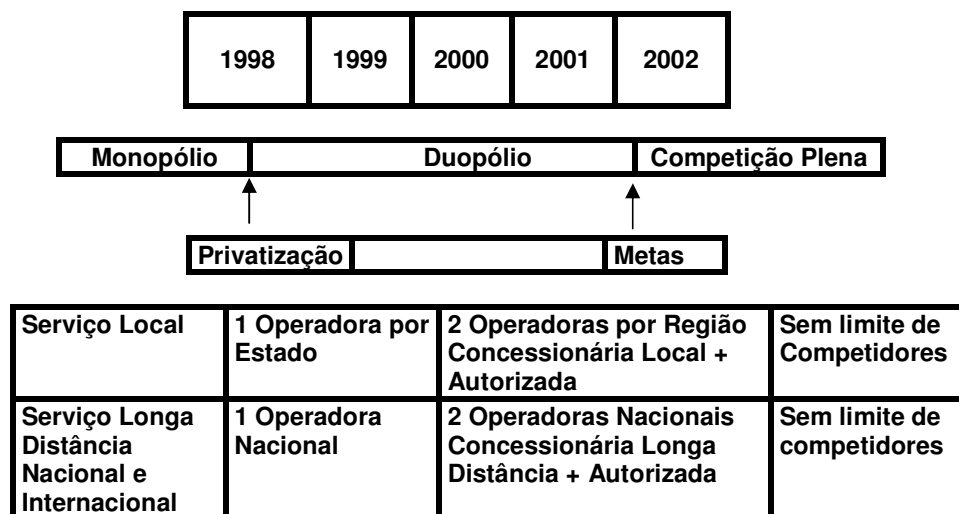
O marco regulatório no Plano Geral de Outorgas ³⁸ prevê que a partir de 31 de dezembro de 2003 todas as concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado poderão solicitar novas autorizações para a prestação de outros serviços de telecomunicações. Há, também, a previsão de antecipação do prazo para solicitar novas autorizações para 31 de dezembro de 2001, mediante a antecipação das metas (obrigações, como expandir a rede de prestação do serviço, instalar telefones públicos, instalar linhas telefônicas em prazos determinados, entre outras) impostas pelos contratos de concessão e pelo Plano Geral de Metas de Universalização.³⁹ Outra previsão é a certificação da antecipação, pelo Órgão Regulador, mediante procedimento administrativo de declaração formal de cumprimento das metas previsto no Regulamento para Declaração de Cumprimento de Obrigações de Universalização. Ainda, uma outra condição prevista para a antecipação era o cumprimento das obrigações de universalização e expansão por todas as concessionárias da Região daquela que pretendesse outras autorizações.⁴⁰

A Figura 2 permite compreender as previsões da regulamentação acerca da introdução da competição :

³⁸ Decreto 2.534, de 02/04/1998. Aprova o Plano Geral de Outorgas : “Art. 10. A partir de 31 de dezembro de 2001, deixará de existir qualquer limite ao número de prestadores do serviço a que se refere o art. 1º, ressalvado o disposto nos arts. 68 e 136 da Lei nº 9.472, de 1997. § 1º. A prestação do serviço, a que se refere o art. 1º, objeto de novas autorizações, por titular de autorização conferida em atendimento ao art. 9º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2002 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se a autorizada houver cumprido integralmente as obrigações de expansão e atendimento que, segundo o compromisso assumido em decorrência da licitação, deveria cumprir até 31 de dezembro de 2002. § 2º. A prestação de serviços de telecomunicações em geral, objeto de novas autorizações, por titular de concessão de que trata o art. 6º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2003 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se todas as concessionárias da sua Região houverem cumprido integralmente as obrigações de universalização e expansão que, segundo seus contratos de concessão, deveriam cumprir até 31 de dezembro de 2003.”

³⁹ Decreto 2592/98, de 15 de maio de 1998. Aprova o Plano Geral de Metas de Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC.

⁴⁰ Resolução ANATEL nº 280, de 16/10/2001. Aprova o Regulamento para Declaração de Cumprimento de Obrigações de Universalização.

FIGURA 2 – Introdução da Competição no Serviço Telefônico

Para fazer cumprir o pilar da competição previsto no modelo do setor de telecomunicações, o Órgão Regulador editou o Regulamento de Autorizações com os procedimentos a serem seguidos para a expedição de autorizações para prestação dos serviços de telecomunicações fora e a partir das Regiões previstas no Plano Geral de Outorgas.

O Regulamento de Autorizações dispõe, em seu artigo 23, sobre a extensão do direito de prestação do STFC mediante aditamento aos contratos de concessão.⁴¹ Nesse contexto, o mercado aguardou ansioso pelo cumprimento efetivo das prescrições do modelo.

⁴¹ “Resolução 283, art. 23 ; “Art. 23 - A prestadora de STFC nas modalidades de serviço local e de longa distância nacional em Setor ou Região do PGO, sua controladora, controlada ou coligada, pode requerer, a título oneroso, o direito à prestação do STFC na modalidade de serviço de longa distância nacional para chamadas originadas em localidade de sua área de concessão ou autorização e destinadas a qualquer ponto do território nacional fora de sua área de concessão ou autorização, observado o que dispõe os parágrafos 1º e 2º do art. 10 do PGO. Parágrafo único – O direito a que se refere o caput será objeto de aditamento ao Contrato de Concessão ou ao Termo de Autorização”

4.2 Órgão Regulador e a Expedição das Autorizações

Com base nas disposições do Regulamento de Autorizações, o mercado e particularmente as concessionárias, requereram licenças para atuarem fora das regiões de suas outorgas originais.

A Telefônica, concessionária do STFC na Região III do Plano Geral de Outorgas (Estado de São Paulo), antecipou as metas de universalização previstas na legislação e foi devidamente certificada pelo Órgão Regulador, qualificando-se desse modo para obtenção de novas autorizações para prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado fora e a partir de sua Região de atuação.⁴²

O Órgão Regulador emitiu o Ato 25.120 de 25 de abril de 2002 concedendo à Telefônica: (i) aditamento aos contratos de concessão de Longa Distância Nacional para originar chamadas em São Paulo destinadas a todo o Brasil; (ii) autorização para chamadas de Longa Distância Nacional, originadas fora de São Paulo; (iii) autorização para Longa Distância Internacional com origem em todo o Brasil e (iv) autorização para serviço local fora de São Paulo.

Paralelamente à expedição das autorizações da Telefônica, o Órgão Regulador certificou o cumprimento das metas da Telemar, concessionária da Região I do Plano Geral de Outorgas e da Companhia de Telecomunicações do Brasil Central - CTBC, concessionária dos Setores 3 (Região I), 22, 25 (Região II) e 33 (Região III) e expediu autorizações para a Telemar e para a CTBC. Tanto para a Telemar, quanto para a CTBC o Órgão Regulador expediu atos determinando o aditamento às concessões. A Brasil Telecom, concessionária da Região II do Plano Geral de Outorgas não antecipou as metas naquele período.⁴³

O processo de expedição das autorizações ou decisões judiciais relativas às demais concessionárias ou empresas do mercado é mencionado apenas em caráter informativo.

O aditamento à concessão foi objeto de demanda judicial proposta pela Embratel, que baseou seu argumento no fato de que a Telefônica era concessionária do

⁴² Ato Anatel 23.395, de 01/03/2002

⁴³ Telemar : Ato Anatel 26.465 de 18/06/2002, Ato Anatel 26480 de 19/06/2002 (metas), Ato Anatel 28047, de 08/08/2002 (autorização). CTBC : Ato Anatel 24.863, de 23/04/2002 (metas) e Ato Anatel 25.766 de 17/05/2002 (Autorização).

serviço na modalidade longa distância nacional intra-regional (somente em São Paulo) e não poderia prestá-lo fora dessa Região, até porque a extensão do direito à concessão estaria a caracterizar uma nova outorga de concessão, para a qual a licitação seria obrigatória.

Como consequência da demanda judicial, a Telefônica foi alcançada por ordem liminar expedida pelo Juízo da 15ª Vara da Justiça Federal em São Paulo (Tribunal Regional Federal da 3ª Região) determinando a suspensão dos efeitos do ato de outorga e dos contratos decorrentes em virtude da não realização de licitação para extensão da área de concessão.⁴⁴

Para tornar efetivas as prescrições do modelo, o Órgão Regulador, emitiu o Ato 26.880, de 28 de junho de 2002, concedendo à Telefônica autorização para explorar o serviço na modalidade Longa Distância Nacional para chamadas originadas nos Setores 31, 32 e 34, e destinadas aos demais Setores do PGO, com exceção do Setor 33 da Região III do Plano Geral de Outorgas.

Ao emitir a autorização para a Telefônica, o Órgão Regulador estabeleceu uma convivência entre a regra administrativa e as medidas judiciais em curso dando ao Ato 26.880 o seguinte tratamento : (i) eficácia suspensa, na hipótese de revogação ou suspensão dos efeitos da medida liminar expedida pelo Juízo da 15.ª Vara da Justiça Federal de São Paulo; (ii) extinção, na hipótese de ser negado, por decisão judicial com trânsito em julgado, o pleito judicial oriundo da medida cautelar ajuizada e (ii) eficácia plena, na hipótese de decisão judicial com trânsito em julgado, em que seja considerada procedente a ação principal decorrente da medida cautelar ajuizada.

Todavia, o Ato 26.880 também teve seus efeitos suspensos por força de nova decisão judicial. Houve quem considerasse que a emissão do novo ato por parte do Órgão Regulador tivesse caracterizado desobediência à ordem judicial.

Com a suspensão judicial dos efeitos de ambos os atos de expedição de autorizações da Telefônica, a regulação jurídica do setor vivenciou um momento de

⁴⁴ Para detalhamento ver desdobramentos em www.trf3.gov.br : Fórum Capital Cível. Processos e Números: Medida Cautelar 2002.61.00.009141-6 e Ação Ordinária 2002.61.00.011160-9 15ª VJF Cível São Paulo TRF3ª Região.

difícil articulação de suas próprias disposições, tornando-se, nesse episódio, tema e problema para si própria.⁴⁵

O processo de expedição das autorizações para a Telefônica pode ser considerado como uma situação especial não somente porque a Telefônica teve sua atividade interrompida, mas também porque exigiu a mediação do Órgão Regulador na condição de ente indispensável ao equilíbrio entre o interesse social e os interesses dos atores econômicos. Nas palavras de Arnaud, “...a estabilidade requer um equilíbrio cuidadosa e habilmente estabelecido entre a liberdade dos mercados e a prestação de bens públicos.”⁴⁶

4.3 Regulação e Aditamento às Concessões

Investido de Poder Normativo o Órgão Regulador examinou o mercado e permitiu o aditamento às concessões. A questão do aditamento às concessões foi tão sensível, que os comentários à Consulta Pública nº 308 contemplavam sugestões de modificação do Regulamento de Autorizações (parágrafo único do artigo 23) que previa o aditamento à concessão ou ao termo de autorização da prestadora. Entretanto, o regulamento definitivo ignorou as contribuições recebidas.⁴⁷

A suposta ilegalidade de se dar nova concessão por meio de aditamento assustou o mercado, mas o Órgão Regulador entendeu que o aditamento às concessões era a melhor forma de atender aos interesses do País.⁴⁸ Isto é, embora o Plano Geral de Outorgas contenha previsão de modalidade de serviço local, longa distância intra-regional e longa distância nacional e internacional,⁴⁹ na visão do Órgão Regulador o

⁴⁵ *Agência Vive Impasse em Relação ao Caso Embratel/Telefônica. In:* Teletime News nr. 220, de 28/05/2002.

⁴⁶ Cf. ARNAUD, André-Jean. Op.cit., p-163

⁴⁷ Consulta Pública nº 308, de 27 de agosto de 2001 – Proposta de Regulamento para Expedição de Autorizações para Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC. www.anatel.gov.br/consultapublica/contribuicoes

⁴⁸ *Aditivo Contratual é Grande Preocupação das Teles. In :* Teletime News nr. 217 - 13/05/2002 -Extra 4

⁴⁹ MASCARENHAS, Ottomar Lustosa. *Reestruturação da Telefonia Fixa : Competição x Eficiência*. 2000. p-35. Monografia apresentada à Universidade de Brasília para obtenção do grau de especialista em regulação de telecomunicações em 2000.

serviço telefônico fixo comutado compreenderia apenas a modalidade longa distância nacional, havendo apenas a restrição quanto ao âmbito intra-regional imposta pelo Plano Geral de Outorgas, que foi retirada pelo Regulamento de Autorizações.⁵⁰

É certo que a regulação é uma “espécie de governo de setor”,⁵¹ e possui suas peculiaridades. Porém, do ponto de vista da *lex jurídica* a eliminação da restrição operada pelo Órgão Regulador caracterizou a alteração do Plano Geral de Outorgas, aprovado por um Decreto e que nessa categoria só poderia ser alterado por autoridade com poder hierárquico idêntico ao poder hierárquico que lhe deu existência.

Assim, a busca por uma releitura, uma reinterpretação das prescrições do modelo tornou-se necessária para que se pudesse aquilatar exatamente se as regras encontravam-se em relação de contraditoriedade ou se a via da interpretação seria suficiente para que a compleição histórica do modelo fosse restaurada. Segundo Bobbio, a antinomia pode ser assim entendida :

“(...) aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas das quais uma obriga e a outra proíbe ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento. Mas esta definição não está completa. Para que possa ocorrer antinomia são necessárias duas condições, que embora óbvias, devem ser explicitadas : 1) as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento (...) 2) as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade. Distinguem-se quatro âmbitos de validade de uma norma: temporal, espacial, pessoal e material (...).”⁵²

Para examinar a presença de contraditoriedade ou antinomia na situação em estudo, tomando como referência o comportamento de aditamento às concessões, são úteis as hipóteses a seguir construídas:

⁵⁰ “Termo Aditivo da CTBC é o Mesmo Questionado pela Embratel na Justiça”. In : Teletime News EDIÇÃO nr. 218 – 16/05/2002 – Extra 1

⁵¹ Cf. JUSTEN FILHO, op.cit., p-16.

⁵² Cf. ”BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Polis/UnB, 1989, pp-86-87.

- (i) Relação entre o proibido e o obrigatório : A Lei Geral de Telecomunicações proíbe e o Plano Geral de Outorgas obriga o aditamento;
- (ii) Relação entre o proibido e o permitido: A Lei Geral de Telecomunicações proíbe o aditamento às concessões e o Regulamento de Autorizações permite;
- (iii) Relação entre o proibido e o permitido : O Plano Geral de Outorgas proíbe o aditamento às concessões e o Regulamento de Autorizações permite e
- (iv) Relação entre o proibido e o permitido : A Lei Geral de Telecomunicações proíbe o aditamento às concessões e a Lei Geral de Telecomunicações permite.

Todas as hipóteses apontadas revelam que as normas estão em uma relação de contraditoriedade ou antinomia, mas essa relação não é aceitável porque gera incerteza na aplicação das regras. A doutrina jurídica prevê diversos critérios para solução de antinomias, mas três deles são fundamentais : (i) cronológico – prevalece a norma posterior; (ii) hierárquico – prevalece a norma hierarquicamente superior e (iii) especialidade – prevalece a norma especial sobre a norma geral.⁵³

Na análise das hipóteses apontadas, o critério hierárquico é suficiente para solucionar a antinomia nas três primeiras hipóteses. Isto porque tanto o Plano Geral de Outorgas quanto o Regulamento de Autorizações devem obediência à Lei Geral de Telecomunicações e o Regulamento de Autorizações deve obediência ao Plano Geral de Outorgas. Então, em princípio, o aditamento às concessões estaria permitido. Ocorre que todas as normas hierarquicamente superiores nas hipóteses apontadas proíbem o aditamento às concessões, havendo, na última hipótese uma dúvida razoável acerca da proibição pela presença, em uma mesma norma, de disposições contrárias.

Portanto, o modelo esteve ameaçado em sua coerência, condição para sua justiça, o que levou à necessidade de provar que a relação de contraditoriedade era apenas aparente, que a contraditoriedade, de fato, não existia, a fim de evitar a

⁵³ Cf. "BOBBIO, Norberto. Op.cit., pp-92-95.

eliminação de normas necessárias ao modelo. A solução da antinomia aparente foi resultado da atuação do Órgão Regulador na defesa das prescrições do modelo e da nova *lex mercatoria*. Esse processo tornou complexa a atuação do Órgão Regulador. O Judiciário foi um dos espelhos, o mercado foi outro.⁵⁴

4.4 Regulação e as Decisões Judiciais

A abordagem não pressupõe o tratamento pormenorizado das decisões judiciais em seus aspectos processuais. O conteúdo das decisões judiciais serve apenas como um conjunto de informações que permitem verificar como o Órgão Regulador atuou na defesa da regulação do setor diante das tensões da realidade e da influência dos diversos agentes do processo de regulação.

Insatisfeita com a maneira pela qual o Órgão Regulador outorgou à Telefônica os novos direitos de exploração do serviço, a Embratel, em duas ocasiões, apresentou sua contrariedade ao Poder Judiciário, argumentando que a Telefônica era concessionária do serviço na modalidade longa distância nacional intra-regional (somente em São Paulo) e não poderia prestá-lo fora dessa Região e ainda que a extensão do direito à concessão equivaleria a uma nova outorga de concessão, para a qual a licitação seria obrigatória.

O Judiciário acatou o argumento da Embratel em ambas as liminares que se basearam no entendimento de que cada modalidade de serviço (local, longa distância nacional e longa distância internacional) deveria ser objeto de concessões distintas, outorgadas mediante licitação e que o serviço público não poderia ser concedido por autorização, que é ato precário. O regime privado foi julgado inconstitucional.⁵⁵

O serviço público “é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer

⁵⁴ Sobre o uso dos espelhos, assim se manifesta Boaventura : “(...)Há duas diferenças fundamentais entre o uso dos espelhos pelos indivíduos e o uso dos espelhos pela sociedade. A primeira diferença é, obviamente, que os espelhos da sociedade não são físicos, de vidro. São conjuntos de instituições, normatividades, ideologias que estabelecem correspondências e hierarquias que permitem reiterar identificações até ao ponto de estas se transformarem em identidades. A ciência, o direito, a educação, a informação, a religião e a tradição estão entre os mais importantes espelhos das sociedades contemporâneas. O que eles refletem é o que as sociedades são. Por detrás ou para além deles, não há nada.” Cf. SANTOS. Boaventura de Sousa. Op.cit., p-48 :

⁵⁵ A Juíza considerou inconstitucionais os artigos 126 a 144 da Lei nº 9.472.

concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”⁵⁶ Portanto, serviço público não implica que a atividade assim considerada tenha que ser desenvolvida exclusivamente pelo Estado mas somente que o Estado é obrigado oferecê-la de modo contínuo e universal por si ou por executores privados.

A concessão pressupõe a prestação do serviço em regime público, enquanto a autorização permite a sua prestação em regime privado. Uma é contrato administrativo bilateral, a outra é ato unilateral e precário da administração. Isto é, na Lei Geral de Telecomunicações, “a autorização é tratada como ato vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviços de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.”⁵⁷

A decisão judicial deixou perplexos mercado e Órgão Regulador. A perplexidade agravou-se porque o modelo visa a fomentar a competição e o regime privado, caracterizado pelas autorizações era a solução prevista no modelo para a efetiva concorrência entre os agentes econômicos.

Para o Juízo as autorizações concedidas estariam a provocar uma diminuição nos direitos da concorrência, em razão de reserva de mercado contratual, não importando o fato de a Lei Geral de Telecomunicações assegurar o direito às autorizações ante a antecipação das metas de universalização.

O Órgão Regulador entendeu que a atuação do Judiciário ocorreu de forma inopinada, sem ponderação das conseqüências que teria sobre o interesse público, a economia pública, a ordem jurídica e, sobretudo, o modelo de telecomunicações vigente após a privatização do Sistema Telebrás.⁵⁸

⁵⁶ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo, Atlas : 1997, p-84.

⁵⁷ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo, Atlas : 1999, p-125.

⁵⁸ Genericamente, sobre a atuação do Judiciário, observa-se : “(...) No fundo, a velha distinção entre conhecer e saber, erudição e sabedoria, cientificismo e ciência, tecnicismo e técnica. E a oportunidade de Holbach, esclarecendo, humilde e, também, vaidosamente (como já dissemos, o Homem está inteiro em Sócrates, porque neste há modéstia e, também, ambição) : “quem só Direito Estuda, não sabe Direito”. (...) Claro que assim tem de ser, isso porque o conhecimento da lei nunca, por mais completo, será o conhecimento do direito. Ora, o excessivo ou demasiado conhecimento da lei importará, numa apreciação realista, em meia instrução. E quanta razão tinha o mestre Esmeraldino Bandeira em suas reflexões, esclarecendo que “mais nociva que a ignorância é a meia instrução”. (...)” Cf. LIMA, Carlos Araújo. *O Júri. Sua Atualização e Crescente Democratização*. In Revista de Informação Legislativa. Junho de 1966, pp-17-28.

A ponderação das consequências, seria a compatibilização de interesses própria da *lex mercatoria*. As decisões judiciais liminares paralisaram totalmente o modelo e confrontaram as bases da regulação jurídica do Setor de Telecomunicações.

O Juízo de segunda instância, ao examinar a questão observou que não se trata de licitação posto que a Lei Geral de Telecomunicações outorgou concessão a todas as empresas prestadoras do serviço telefônico fixo, independentemente de licitação e ainda que não há inconstitucionalidade nas autorizações outorgadas, que são legítimas e apoiadas no regramento legal vigente.

O Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma) reconheceu que o Órgão Regulador pode autorizar a Telefônica a operar serviços de longa distância nacional e internacional fora do Estado de São Paulo pois a legislação brasileira dá condições para tanto, uma vez que permite que um ato administrativo possibilite às operadoras oriundas do Sistema Telebrás disputarem outros mercados de telecomunicações, sendo certo que a desestatização não afetou as delegações detidas por essas empresas.⁵⁹

Ao decidir que a desestatização não afetou as delegações detidas pelas empresas concessionárias, o Poder Judiciário provou que as regras não eram incompatíveis e solucionou a questão da contraditoriedade aparente pelo âmbito pessoal de validade da norma. Para todos os empreendimentos não resultantes da desestatização, o aditamento às concessões é proibido, mas para concessionárias desestatizadas o aditamento às concessões é permitido.

Particularmente, a Telemar, concessionária do STFC na Região I do PGO provocou a jurisdição solicitando a emissão imediata de suas autorizações de longa distância, tendo o Judiciário garantido o início de sua atuação pela concessão de tutela antecipada. É importante notar que nesse caso o Órgão Regulador decidiu não contestar a atuação da Justiça pois a decisão favorecia o modelo de competição.⁶⁰ No caso da CTBC a jurisdição não foi provocada.

As decisões judiciais refletem a multiplicidade de interpretações possível no processo de regulação e de aplicação do direito. Essa multiplicidade fica evidente na

⁵⁹ BASILE,Juliano. *STJ Mantém Autorização para a Telefônica*.In: Valor Econômico, Brasília, Jornal Diário de Circulação Nacional. 11/12/2002, p-B-5.

⁶⁰ *Anatel Não Contestará Concessão pelo TRF à Telemar*. Teletime News – Últimas Notícias 20h41, 22/07/2002.

posição do Judiciário do Rio de Janeiro ao negar a liminar requerida pela concorrência contra a Telemar. Nesse caso, o Judiciário considerou a antecipação das metas e autorizou a celebração do termo aditivo para início imediato da prestação do serviço de longa distância nacional.⁶¹

Mas não somente isso, a multiplicidade de interpretações evidencia os níveis de compreensão das diversas esferas do Poder Público acerca dos fenômenos que estão sendo objeto de regulação no ambiente privatizado das telecomunicações, pois o Rio de Janeiro decidiu diversamente de São Paulo.

Se a situação não tivesse sido levada ao Judiciário, o Órgão Regulador provavelmente não teria enxergado a si próprio porque não teria tido a experiência de fazer valer suas próprias prescrições. Na verdade, a atuação do Órgão Regulador nos dá conta de que “quanto mais o Estado agir, maior será a probabilidade de seus atos precisarem ser revisados ou contrastados judicialmente.”⁶²

Ainda, se o processo judicial resultou na decisão de que o Órgão Regulador atuou conforme a lei ao celebrar os aditamentos aos contratos de concessão, a relevância do caso consiste na assunção de que a participação do Judiciário no processo de abertura vivificou a atuação do Órgão Regulador.⁶³ A Figura 3 mostra um resumo dos fatos.

⁶¹ *Justiça Indefere Pedido de Liminar da Embratel Contra Telemar* In: Teletime News - 19/08/2002-Últimas Notícias - 20h51

⁶² Cf. SUNDFELD, Carlos Ari et al *Direito Global*. 1ª ed. São Paulo : Max Limonad, 1999, p-211.

⁶³ Ao tratar da recepção do direito romano, Boaventura destaca : “...O fato de uma pessoa poder estar sujeita a fontes diferentes de ordenamentos jurídicos conforme a situação ou a sua condição, bem como a ausência de regras explícitas de delimitação dos diferentes direitos, tornavam o sistema jurídico complexo, pesado, caótico e arbitrário. É evidente que esta situação podia ser também fonte de liberdade, tal como Harold Berman corretamente sublinha : “[um] servo podia apelar para o tribunal da cidade em busca de proteção contra o seu amo. Um vassalo poderia apelar para o tribunal da coroa, pedindo proteção contra o seu senhor. Um clérigo podia recorrer ao tribunal eclesiástico em busca da proteção contra o rei.” (...) Tratava-se, porém, de uma liberdade caótica, que só era exercida em situações extremas, e não do tipo de liberdade pelo qual ansiavam as classe mercantis urbanas. Uma tal liberdade tinha de ser exercida numa rotina igual à das transações que essas classes dominantes efetuavam e exigia proteção contra ingerências arbitrárias : a liberdade contratual e a garantia contratual deviam completar-se como duas faces de uma mesma constelação jurídica.” Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., pp-121-122.

FIGURA 3 – Cronologia da Expedição das Autorizações

2002	FATO
04 MARÇO	Publicação do Ato da Anatel aprovando o cumprimento de metas da Telefônica
24 ABRIL	Publicação do Ato da Anatel aprovando o cumprimento de metas da Companhia Telecomunicações do Brasil Central (condição prevista na regulamentação para a emissão das novas autorizações da Telefônica)
25 ABRIL	Publicação do Ato da Anatel concedendo à Telefônica: a) Aditamento ao Contrato de Concessão de Longa Distância Nacional para originar chamadas em São Paulo para todo o Brasil b) Autorização para chamadas Longa Distância Nacional originadas fora de São Paulo c) Autorização para Longa Distância Internacional com origem em todo o Brasil d) Autorização para serviço local fora de São Paulo
26 ABRIL	Embratel ajuíza ação contra o Órgão Regulador e contra a Telefônica por entender que haveria necessidade de licitação para o aditamento ao Contrato de Concessão de Longa Distância Nacional. As demais autorizações não são questionadas
29 ABRIL	Assinatura pela Telefônica dos Termos de Autorização e do Aditivo ao Contrato de Concessão.
29 ABRIL	Juízo da 15ª. Vara Federal suspende os efeitos do Ato da Anatel no tocante ao aditamento ao Contrato de LDN originada em SP
03 MAIO	Interposição dos Recursos de Agravo por parte do Órgão Regulador e da Telefônica junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo.
05 MAIO	CADE nega medida cautelar proposta pelo mercado para suspensão das novas autorizações da Telefônica.
10 MAIO	Desembargador Relator do Tribunal Regional Federal recebe os Agravos do Órgão Regulador e da Telefônica, mas não concede efeito suspensivo, mantendo os efeitos da liminar.
24 MAIO	Órgão Regulador recorre ao Presidente do Tribunal Regional Federal solicitando suspensão de segurança da liminar.
12 JUNHO	Julgamento é adiado para o dia 19 de junho e depois para o dia 26 de junho de 2002.
12 JUNHO	O Presidente do Tribunal decide aguardar pela votação do julgamento do Agravo.
26 JUNHO	Na votação do Agravo, o Relator vota favoravelmente à Embratel. O segundo Desembargador pede vistas e a votação fica suspensa até agosto (julho é período de férias)
28 JUNHO	Anatel aprova a autorização de Longa Distância Nacional para a Telefônica.
01 JULHO	Autorização é publicada no Diário Oficial da União e a Telefônica assina o Termo de Autorização.
02 JULHO	Embratel entra com nova ação, alegando prestação do mesmo serviço (Longa Distância Nacional) simultaneamente nos regimes de autorização e concessão.
04 JULHO	Apresentação da defesa por parte da Telefônica e Anatel
05 JULHO	Juízo da 15ª Vara Federal concede liminar favorável à Embratel, sob argumento que a autorização é inconstitucional e que os serviços de telecomunicações só podem ser prestados no regime público (concessão). Julga inconstitucional o regime privado de prestação de serviços de telecomunicações.
11 JULHO	Anatel entra com ação de suspensão de segurança em relação à 2ª liminar.
19 JULHO	Telemar entra no Tribunal Regional Federal do Rio de Janeiro solicitando a emissão imediata das suas licenças de Longa Distância e obtém liminar garantindo o início da sua Operação de Longa Distância. ANATEL não contestou a atuação da Justiça alegando que ela favorece o modelo de competição.
24 JULHO	Telefônica apresenta Agravo de Instrumento solicitando suspensão da 2ª liminar
26 JULHO	Desembargadora cassa a liminar que suspendia a autorização expedida pela Anatel.
10 DEZEMBRO	Superior Tribunal de Justiça decide favoravelmente à Telefônica.

4.5 Regulação e a *Lex Jurídica*

Os problemas gerados no processo de abertura do setor de telecomunicações a partir do Regulamento de Autorizações, demonstram que a atuação de um Órgão Regulador forte é requisito para a modernização da regulação jurídica, na medida em que esta é o momento de encontro da sociedade com o Estado.

Tradicionalmente esse encontro é materializado na lei, que exprime a vontade geral, mas no âmbito da nova realidade, a lei, em sua acepção tradicional, como norma imposta, não tem sido suficiente na preservação da capacidade do Estado de agente protetor da regulação social. Essa insuficiência evidencia-se na atuação do Órgão Regulador na aprovação do Regulamento de Autorizações e na relação desse regulamento com o Plano Geral de Outorgas.

Mas não somente isso, essa insuficiência da lei revela-se nas possibilidades teóricas identificadas por Boaventura e apresentadas por Sousa Junior, que podem ser assim resumidas: (i) existem situações onde a legislação não tem qualquer aplicação efetiva, mas não é revogada, permanecendo formalmente vigente e (ii) existem situações de crise de poder que se transportam para a legislação promulgada e levam a uma seletividade na aplicação da lei.⁶⁴

As possibilidades teóricas nos servem de guia para uma visão da realidade, mas não tornam mais amena a abordagem pela própria linguagem e porque a análise incide sobre a atuação do Órgão Regulador das telecomunicações, que tem sido referência para os Órgãos Reguladores de outros setores (saúde, energia etc.).

Isto posto, o confronto das aproximações com a questão do aditamento às concessões resulta nas seguintes idéias: (i) ao decidir aprovar o Regulamento de Autorizações admitindo o aditamento às concessões o Órgão Regulador decidiu pela não aplicação do Plano Geral de Outorgas, que proíbe a realização de licitação para outorga de concessões; (ii) ao decidir aprovar o Regulamento de Autorizações admitindo o aditamento às concessões o Órgão Regulador atuou de modo seletivo relativamente à aplicação do Plano Geral de Outorgas que prevê a prestação de longa distância nacional intra-regional.

⁶⁴ Cf. SOUSA JUNIOR, op.cit., p-34

O aditamento à concessão mostrou-se como uma escolha objetiva do Órgão Regulador pela aplicação seletiva das disposições do Plano Geral de Outorgas, mas também mostrou-se como uma escolha objetiva pela não aplicação da norma. A retirada da restrição relativa ao âmbito de prestação na edição do Regulamento de Autorizações, realçou o Poder Normativo do Órgão Regulador. Ainda, o aditamento às concessões significou, também, a não aplicação do Plano Geral de Outorgas, que manteve-se vigente, mas não teria aplicação útil uma vez que o propósito do Órgão Regulador relativamente à abertura do mercado era permitir o aditamento às concessões.

Mas, se havia certeza da coerência do aditamento à concessão, o que teria levado o Órgão Regulador à emissão do segundo ato que expedia autorização e não aditamento à concessão? Se o novo ato não se opõe ao Judiciário, estabelecendo, inclusive, uma convivência de suas disposições com as medidas judiciais seria um segundo ato efetivamente necessário?

O conhecimento da realidade dos empreendimentos envolvidos e a relevância desses empreendimentos para setor estratégico como é o de telecomunicações, provavelmente tenha produzido a certeza que levou à expedição do segundo ato. O que fica claro nesse processo é que as certezas foram sendo produzidas pelo conjunto de forças que interagiram na interpretação das regras do modelo. Tanto é assim que o Órgão Regulador não somente emitiu um novo ato para a Telefônica, como também emitiu atos autorizando o aditamento às concessões tanto para a Telemar quanto para a Companhia Telecomunicações do Brasil Central – CTBC.⁶⁵

A suspensão judicial dos efeitos de ambos os atos de expedição de autorizações para a Telefônica (são dois atos que emitem autorizações, sendo que no primeiro, há disposição específica autorizando o aditamento à concessão) significou a frustração da promessa de abertura do mercado de telefonia fixa. O modelo foi colocado em xeque.⁶⁶ Como poderia a regulação setorial ter dado lugar a tal contrariedade entre suas prescrições? Seria possível atender à concorrência preservando as prescrições do modelo? O modelo estaria efetivamente errado? O que seria preciso corrigir?

⁶⁵ *Termo Aditivo da CTBC é o mesmo Questionado pela Embratel na Justiça* **In:** Teletime News.nr. 218 16/05/2002 - Extra 1

⁶⁶ AQUINO, Miriam. *O Modelo em Xeque*. **In:** Telecom Urgente Ano 7 n° 373, de 11/7/2002.

A liberdade da Telefônica para prestar o serviço de longa distância nacional fora das regiões das outorgas originais dependeu da capacidade do Órgão Regulador de fazer valer a regulação do setor, uma vez que o seu direito materializou-se com a antecipação das metas. Essa situação intensificou a atuação do Órgão Regulador e refletiu na realidade dos empreendimentos envolvidos.⁶⁷

Por uma decorrência natural da *lex mercatoria* os agentes econômicos demandam uma prática regulatória diligente pois as rupturas com o marco regulatório pela ausência de articulação entre as diversas esferas de exercício do Poder do Estado podem prejudicar os investimentos no setor produtivo.⁶⁸

O tempo transcorrido entre a expedição do primeiro e do segundo atos foi marcado por um olhar intenso do mercado sobre a atuação do Órgão Regulador. Se em tema de globalização o que há de novo é o movimento, a agilidade, ao emitir o segundo ato o Órgão Regulador mostrou-se aderente à modernidade e comprometido com o desempenho de suas funções.

O fato é que a emissão do novo ato não ocorreu fora do sistema jurídico administrativo no qual opera o Órgão Regulador, mas ocorreu pelo reflexo das opiniões e tensões da realidade dos empreendedores e da manifestação dos diversos atores do processo de regulação.

Muito embora a questão do aditamento às concessões tenha sido solucionada pela via da interpretação judicial, ao emitir um novo ato antes mesmo da decisão definitiva do Poder Judiciário, o Órgão Regulador atuou de forma específica, inédita e condizente com a *lex mercatoria*, restabelecendo nessa atuação, o encontro da sociedade com o Estado. Em síntese, a solução específica se mostrou inédita pelas seguintes condições : (i) adotada exclusivamente no caso da Telefônica; (ii) articulada com a decisão judicial; (iii) considerou a nova *lex mercatoria*; (iv) conviveu com o espaço jurídico internacional ; (v) conservou as prescrições do modelo em respeito ao direito nacional.

⁶⁷ *Presidente da Telefônica Reclama Prejuízos com Ministro das Comunicações.* In: Teletime News nr. 218, de 20/05/2002 – Extra 3.

⁶⁸ *Liminar da Embratel pode Fazer Telefônica Rever Investimentos.* In: Teletime News nr. 217, de 13/05/2002 – Extra 4.

Nesse sentido, como resultado das múltiplas fontes, o Órgão Regulador, como ente estatal, deu solução à problemática suprimindo o direito estatal; valorizando a política pública de modernização das telecomunicações pelo estabelecimento da competição.

Há uma complexidade na abordagem relativa ao direito estatal suprido. Ao decidir abrir o mercado de telecomunicações, o Estado, de certo modo, posicionou-se corajosamente no terreno da negociação, correndo, inclusive, o risco de comprometer seu papel de protetor da regulação social. A nova realidade é temerária porque retira as certezas típicas da regulação jurídica tradicional e dá ao processo de regulação a aparência de um espaço onde o direito estatal é substituído pelo direito mundial. No entanto, no caso específico, o Estado não perdeu o seu protagonismo.⁶⁹

Extrai-se, ainda, da atuação do Órgão Regulador, outros elementos que a assemelham com uma regulação jurídica típica de um Estado inserido em mundo globalizado. Os empreendedores podem influenciar os rumos da regulação através de propostas de alteração. Essa prática é legítima e está prevista na regulação em diversos momentos. Um deles é o espaço das consultas públicas. O outro, são as previsões das portarias administrativas de audiências previamente agendadas com os representantes do governo.⁷⁰

O Órgão Regulador integra a Administração Pública e assim como o Estado, sua atuação é orientada, dentre outros, pelos princípios da legalidade, do equilíbrio e do controle entre os Poderes e da publicidade ou transparência da atuação do Estado.⁷¹ As trocas no âmbito da nova *lex mercatoria* são possíveis, desde que baseadas no consenso e na representação democráticas permanentes, materializadas pelos canais oficiais dos

⁶⁹ “...os mais acérrimos (obstinados) defensores da reforma, ao mesmo tempo em que afirmam uma desconfiança total na capacidade do Estado para produzir proteção social, afirmam uma confiança total na capacidade de o Estado regular a proteção social produzida por agentes não estatais. Essa regulação é muito mais exigente do que a anterior e só um setor público forte e com grande auto-estima a pode levar a cabo. E além disso é fundamental que se aprofunde o controle democrático da atuação do Estado através de mecanismos de democracia participativa. “(...) Não conheço suficientemente bem os caminhos concretos da reforma do Estado no Brasil para fazer uma avaliação e uma comparação. A teoria que lhe subjaz feita aliás com brilho, pelo ministro Bresser Pereira, é totalmente hostil à idéia neoliberal do Estado Mínimo e, por outro lado, assenta no pressuposto de que só o Estado pode garantir o exercício dos direitos econômicos e sociais que compõem hoje a cidadania. (...) A grande reforma do Estado consiste em refundar democraticamente a Administração Pública. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Os Novos Tipos de Fascismo*. In : Correio Braziliense, em 05/04/1998.

⁷⁰ Decreto 4.081, de 11/02/2002, Decreto 4.334, de 12/08/2002, Portaria- Anatel nº 343, de 11/09/2002.

quais são exemplos os decretos e portarias que instituem as formas de contato entre administração pública, mercado e comunidade. Nesse sentido, a própria *lex mercatoria* está limitada pela *lex jurídica*.

Ao exercer a sua função, o Órgão Regulador defrontou-se com os paradigmas da emancipação e da regulação porque a liberdade do empreendedor (*laissez faire, laissez passer*) está delimitada pela regulação e a própria regulação está limitada pelo direito. Para Boaventura, a regulação absorveu a emancipação. Esta abordagem, no entanto, não comporta uma ampliação do estudo do percurso do colonialismo à solidariedade (emancipação) e da solidariedade à ordem (regulação) porque a exploração dessas categorias demanda enfoque *strictu sensu*⁷².

⁷¹ CAMPILONGO, Op.cit.,p-112.

⁷² Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Op.cit., pp-227-229.

CONCLUSÕES

A presente monografia teve por objetivo contribuir para o debate teórico acerca dos limites e possibilidades de atuação do Órgão Regulador considerando a globalização e as negociações e renegociações de compromissos típicos da nova *lex mercatoria*. Esse debate tem como caminho essencial a regulação jurídica e os processos de regulação que devem necessariamente passar pelo canal do direito, até porque a globalização não é fenômeno puramente econômico, o que se confirma pela própria definição de *lex mercatoria* como espaço jurídico internacional ou direito mundial.

A partir do momento em que o Brasil fez sua opção pela desestatização e privatização, sua relação com a necessidade de negociar e renegociar compromissos tornou-se mais intensa e provocou uma certa ruptura nas formas tradicionais de regulação, nas quais a negociação não é uma categoria aceitável. Isto é, para o pensamento positivista, somente é válida a norma que tem origem estatal, não há espaço para a informalidade, não há direito fora do Estado.

Obviamente que a soberania do Estado que está na base da discussão sobre a regulação jurídica em um ambiente globalizado é assunto mais amplo porque envolve a capacidade do Estado de manter-se como protetor do direito nacional.

Nessa ruptura com a regulação jurídica tradicional, a mundialização colocou o setor de telecomunicações em contato com um conceito ampliado de regulação jurídica no qual há uma multiplicidade de fontes normativas que resulta na complexidade dos processos de regulação que não se completam com a edição das normas, mas que contam, necessariamente com a participação das instituições, do mercado e da comunidade.

A regulação jurídica como sendo uma “espécie de governo de setor” deu origem à regulação setorial específica do setor de telecomunicações, que em todas as suas prescrições atende à premissa básica do modelo do setor de telecomunicações consistente na presença de tecnologia, capitais e mão-de-obra estrangeira no desempenho da atividade econômica de oferta de serviços de telecomunicações.

É importante ressaltar que a regulação setorial específica estabeleceu, também, que a produção de regulamentos seria necessariamente submetida à apreciação do mercado e da comunidade por intermédio de consultas públicas. As consultas públicas, embora absolutamente democráticas, contemplam elementos da tecnocracia que as fazem adequadas a pequenos grupos e inacessíveis ao cidadão comum.

Como parte da premissa básica de abertura do setor ao capital estrangeiro, a regulação setorial específica no que diz respeito à telefonia fixa, construiu um modelo baseado na competição, na universalização e na qualidade do serviço, estabelecendo áreas geográficas de prestação e metas de expansão e universalização que deveriam ser cumpridas como condição para a efetivação da promessa de abertura do mercado de telecomunicações.

Para concretizar a abertura do mercado o Órgão Regulador editou o Regulamento de Autorizações prevendo neste a possibilidade de aditamento às concessões das concessionárias que pretendessem obter licença para prestação de serviços fora das áreas de prestação das outorgas originalmente concedidas. A Telefônica, que esforçou-se para o cumprimento das metas a fim de desfrutar do direito e prestar serviço fora de São Paulo, ficou impedida de exercer o seu direito porque o modelo foi colocado em xeque pela aparente contrariedade entre suas disposições.

Portanto, a experiência da abertura do mercado resultou em frustração para o mercado e para o Órgão Regulador pois ambos tiveram sua atividade interrompida pela atuação do Poder Judiciário, que provocado pela concorrência, examinou e condenou a atuação do Órgão Regulador suspendendo os efeitos do ato de autorização que concedeu à Telefônica o aditamento à sua concessão de longa distância nacional.

A frustração inicial foi vencida pelo Órgão regulador, que emitiu um segundo ato de autorização, desta feita concedendo autorizações e não aditamento à concessão. Esse segundo ato caracterizou-se por sua novidade e pela articulação de suas proposições com as decisões judiciais proferidas nas ações e recursos em andamento no Judiciário. A despeito dessa articulação, novamente a abertura do mercado frustrou-se. O mercado provocou e a Justiça suspendeu, também, os efeitos desse segundo ato. Mas, ao final, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o aditamento à concessão era perfeitamente condizente com a Lei Geral de Telecomunicações.

A questão é que no período transcorrido entre os atos, a atuação do Órgão Regulador sofreu as influências da *lex mercatoria*. A emissão do segundo ato, na verdade, ocorreu porque o ritmo que a globalização econômica imprime aos negócios não permite a inércia aos Órgãos de Governo, notadamente neste caso, não somente porque o Órgão Regulador conhecia a realidade dos empreendimentos envolvidos e a relevância desses empreendimentos para setor de telecomunicações, mas principalmente porque era preciso que a solução nascesse das prescrições do modelo, do contrário não teria a capacidade de suprir o direito estatal no sentido de lhe dar completude e validade, seria apenas um acordo e acordos, como dito, não são da natureza da regulação jurídica tradicional, a menos que possam nascer do consenso permanente.

Para atender às necessidades do mercado, o Órgão Regulador não ignorou a regulação jurídica e os limites do direito (*lex jurídica*). Em sua atuação o Órgão Regulador mostrou-se moderno e aderente aos preceitos fundamentais do direito (legalidade, publicidade, equilíbrio e controle entre os poderes do Estado). Portanto, como pulsão da *lex mercatoria* a emissão do segundo ato foi solução específica e inédita, projetada para essa circunstância unicamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografia

1. ALTHUSSER, Louis. *Sobre o Trabalho Teórico*. 2ª ed. Lisboa : Martins Fontes, 1978.
2. ARAÚJO LYRA. Doreodó. *Desordem e Processo. Estudos Sobre o Direito em Homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1986.
3. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, pp-211-219.
4. ARNAUD, André Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
5. AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto de. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo : Malheiros. 2002.
6. BAJAY, Sergio Valdir. *Perspectivas de Evolução Institucional do Setor Elétrico Brasileiro e as Correspondentes Políticas Energéticas*. In: Revista Brasileira de Energia. Vol. 4 nº 1, 1995, retirado da internet :www.sbpe.org.br.
7. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 5ª ed. São Paulo : Paz e Terra, 1992.
8. _____. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro : Campus.1992.
9. _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. (Teoria Dell Ordinamento Giuridico). Brasília :Polis/UnB, 1989.
10. BORGDAN-MARTIN, Doreen & DE LA TORRE, Mindel. *Una Regulamentacion Eficaz. Estudio de Caso* : Brasil. 2001. União Internacional de Telecomunicações – UIT. www.itu.org.br.
11. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. CADERNOS MARE – *Agências Executivas*. Caderno nº 9. Brasília, 1998
12. CAMPILONGO, Celso. *Direito e Democracia*. 2ª Ed. São Paulo : Max Limonad, 2000.

13. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1999.
14. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
15. DOBROWOLSKI, Sílvio. *A Expansão do Poder no Estado Social*. In : Revista de Informação Legislativa, Ano 22 nº 86 abr./jun. 1985, pp-105-124.
16. DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo : Martin Claret, 2002.
17. FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos e Globalização Econômica*. In : Revista Direito, Estado e Sociedade nº 12. Artigo On line. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, disponível na internet no seguinte endereço : [www.puc-rio.br/sobrepuc/deptº/direito/revista/artigos on line](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/deptº/direito/revista/artigos%20on%20line).
18. _____. *Globalização Econômica e Reforma Constitucional*. In: Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 9. Publicação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, disponível na internet no seguinte endereço : [www.puc-rio.br/sobrepuc/deptº/direito/revista/artigos on line](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/deptº/direito/revista/artigos%20on%20line).
19. FAORO, Raymundo. *O Que é Direito Segundo Roberto Lyra Filho*. In : Direito e Avesso, Ano I nº 2, Brasília : Nair, 1982, pp-31-35.
20. FELTRIN, Sebastião Oscar. *As Ansiedades do Juiz*. In: Revista dos Tribunais nr. 628. Ano 77. Brasília. 1988. pp. 234-236.
21. FERNANDES, Luciana de Medeiros. *O Estado Administrador e a Integração Econômica*. Monografia aprovada no III Congresso Internacional de Direito realizado em Recife em Novembro de 1999, disponível na internet no seguinte endereço : www.bureaujuridico.com.br
22. GENRO, Tarso. *Por uma Nova Teoria da Norma Jurídica*. In: Direito e Avesso, Ano I nº 1, 1982, Brasília: Ed. Nair. p 31-43
23. JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo : Dialética, 2002.
24. LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro. Liber Juris, 1985.
25. LIMA, Carlos Araújo. *O Júri. Sua Atualização e Crescente Democratização*. Revista de Informação Legislativa. Junho de 1966, pp-17-28.

26. LIMA LOPES, José Reinaldo. *A Função Política do Poder Judiciário*. In : Direito e Justiça. 1ª ed. São Paulo. Ática. 1989, pp.123-144.
27. LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 11ª ed. São Paulo : Brasiliense, 1990.
28. _____. *Pesquisa em Que Direito?*. Brasília : Ed. Nair. 1984.
29. _____. *Para um Direito Sem Dogmas*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1980.
30. MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 5ª ed. São Paulo : Saraiva, 1990.
31. MARTINS, Marcus Augustus. *O Brasil e a Globalização das Comunicações na Década de 90*. Monografia apresentada à Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Relações Internacionais, 1999, p-81.
32. MASCARENHAS, Ottomar Lustosa. *Reestruturação da Telefonia Fixa : Competição x Eficiência*. Monografia apresentada à Universidade de Brasília para obtenção do grau de especialista em regulação de telecomunicações, 2000, p-35..
33. MIAILLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. 1ª ed. Rio de Janeiro.Moraes : 1979.
34. RIBEIRO, Lavina M. *Jurgen Habermas :A Esfera Pública como Categoria Histórica*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de Brasília – UnB, 1985.
35. SAROTTE. Georges. *Materialismo Histórico no Estudo do Direito*. Lisboa. Estampa:1972. p-304.
36. SOUSA JUNIOR, José Geraldo. *Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2002.
37. _____. *O Direito Achado na Rua.Curso de Extensão Universitária à Distância*. Brasília : UnB, 1988.
38. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente.Contra o Desperdício da Experiência*. São Paulo : Cortez. 2001.
39. SUNDFELD, Carlos Ari et alii. *Direito Global*. 1ª ed. São Paulo : Max Limonad, 1999.

Jornais e Revistas

Veja. Revista Semanal de Informações. Editora Abril. 20/11/2002.

Correio Brasiliense. Jornal Diário de Circulação Nacional. 05/04/1998.

Valor Econômico. Jornal Diário de Circulação Nacional. 11/12/2002.

Telecom Urgente Ano 7 nº 373

Teletime News Publicação Diária. São Paulo. Editora Glasberg.

(<http://www.teletime.com.br>)

Edições Consultadas :

Teletime News - Últimas Notícias 21h12 de 29/11/2002

Teletime News – Últimas Notícias 20h51 de 19/08/2002

Teletime News - Últimas Notícias 19h43 de 02/08/2002

Teletime News - Últimas Notícias 21h01 de 31/07/2002

Teletime News - Últimas Notícias 20h34 de 26/07/2002

Teletime News - Últimas Notícias 20h41 de 22/07/2002

Teletime News - Últimas Notícias 19h11 de 18/07/2002

Teletime News - Últimas Notícias 19h02 de 11/07/2002

Teletime News - Últimas Notícias 20h05 de 08/07/2002

Teletime News - Últimas Notícias 19h19 de 05/07/2002

Teletime News - Últimas Notícias 13h03 de 03/07/2002

Teletime News - Últimas Notícias 20h09 de 01/07/2002

Teletime News - Últimas Notícias 21h46 de 27/06/2002

Teletime News - Últimas Notícias 16h08 de 26/06/2002

Teletime News nr. 221, de 11/06/2002

Teletime News nr. 220, de 28/05/2002

Teletime News nr.218 - 16/05/2002 - EXTRA 1

Teletime News nr. 219, de 27/05/2002

Teletime News nr. 218, de 20/05/2002

Teletime News nr. 217, de 09/05/2002.

Teletime News nr. 217, de 10/05/2002 – Extra 2

Teletime News nr. 217, de 10/05/2002 – Extra 3

Teletime News nr. 217, de 13/05/2002 – Extra 4

Teletime News nr. 216, de 07/05/2002

Teletime News nr. 215, de 29/04/2002

Teletime News nr. 215, de 25/04/2002

Teletime News nr. 215, de 25/04/2002 –Extra 2

Legislação Utilizada

Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988

Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994

Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995

Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996 – Lei Mínima

Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 – Lei Geral de Telecomunicações

Decreto nº 2.534, de 02 de abril de 1998 – Plano Geral de Outorgas

Decreto nº 2.592, de 15 de maio de 1998 – Plano Geral de Metas para a Universalização do STFC

Resolução 283 de de 2001 Regulamento para Expedição de Autorizações para o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC

Decreto nº 4334 de 12/08/2002 – Audiências do Servidor Público com Particulares

Decreto nº 4801, de 11/02/2002 – A Ética do Funcionário Público

Portaria Anatel nº 343, 11/09/2002 – Agendamento de Reuniões.

Sites Consultados/Buscadores :

www.itu.int/ITU-d/treg/.

www.bureaujuridico.com.br

www.sbpe.org.br

www.anatel.gov.br

www.stj.gov.br

www.trf3.gov.br

Buscadores :

Google e Altavista