

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Ricardo Palazzo de Almeida Barros

Discrecionariiedade administrativa na definição de metas e métricas
de qualidade do serviço de telefonia

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO – 2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Ricardo Palazzo de Almeida Barros

Discrecionariiedade administrativa na definição de metas e métricas
de qualidade do serviço de telefonia

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora
como exigência parcial para obtenção do título
de Mestre em Direito do Estado – Direito
Administrativo, sob a orientação da Professora
Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti

SÃO PAULO – 2010

Banca Examinadora

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processos fotocopiadores ou eletrônicos, desde que citada a fonte.

São Paulo, ____ de _____ de 2010

Dedico a Beatriz, Francisco e Nilma, por me guiarem.

RESUMO

Apresentamos, inicialmente, um breve desenvolvimento histórico do instituto da discricionariedade administrativa, do seu advento até sua inserção nos contornos atuais do Estado de Direito. Na seqüência, tratamos da função administrativa do Estado, em subordinação a princípios constitucionais, que lhe demarcam um regime jurídico peculiar. Examinamos, então, a doutrina de alguns juristas brasileiros e estrangeiros, em busca de diferentes formas de entender a discricionariedade administrativa. Visitamos o tema da competência para exercer esse poder discricionário, já voltando os olhares para as disposições do direito positivo brasileiro. Apresentamos duas grandes correntes doutrinárias, que se antagonizam, a respeito da extensão e da profundidade admitidas na edição de normas de regulação pelo Administrador brasileiro, sob as luzes do ordenamento pátrio. Analisaremos então o tema da qualidade propriamente dita, com seus múltiplos contornos. Por fim, com base nas explanações doutrinárias, observaremos o uso da discricionariedade administrativa pela Agência Nacional de Telecomunicações, na definição de metas e ferramentas para aferição de qualidade das telefonias fixa e móvel.

Palavras-chave: discricionariedade administrativa – produção normativa – telecomunicação – qualidade do serviço – meta – métrica – estatística

ABSTRACT

We present a brief historical background of the administrative discretion, from its beginning until its insertion at the modern State, under the rule of law. Afterwards, we will discuss the administrative function in accordance with constitutional principles and its system. We examine the doctrine of Brazilian and foreign jurists in search of different ways to understand the administrative discretion. In view of Brazilian law, we visit the competence to use such discretion. We expose two different and opposite doctrines regarding the extension and depth admitted to issue regulatory rules by the administrator under the Brazilian law. We analyze the concepts of quality and its various aspects. Based on the doctrinaire lessons, we observe the use of discretion by ANATEL (Telecommunication Agency) at the definition of quality standards and measurement criteria related to fixed and mobile telephone.

Key words: administrative discretion - rules - telecommunication - service quality - standards - measurement criteria - statistics

SUMÁRIO

1 - Introdução	8
2 - A Discricionariedade Administrativa - <i>Quaestio Diabolica</i>	14
3 - Funções do Estado	15
4 - Princípios constitucionais	18
5 - Diferentes propostas doutrinárias	27
A discricionariedade técnica	46
6 - Apreciação sobre a discricionariedade administrativa	50
7 - A competência para a discricionariedade	53
8 - A Edição de Normas pelo Regulador	57
Uma Doutrina	59
Outra Doutrina	66
9 - Noção de Serviço Público	73
10 - A qualidade	78
11 - A qualidade na telefonia	83
12 - Qualidade e preço	89
13 - Metas e Métricas: conceituação e crítica	91
14 - As metas	93
15 - O ônus das metas	99
16 - As métricas	100
17 - Coleta e Tabulação de Informações	103
18 - Período de Maior Movimento	107
19 - Métricas sobre atendimento	109
20 – Conclusão	114
Referências	119

1 - INTRODUÇÃO

De longa data vivenciamos um crescendo de complexidade na vida contemporânea. O advento da sociedade de consumo em massa, catapultada pelo desenvolvimento da tecnologia e pela industriabilidade humana, multiplica os bens unidos à condição de necessários para um patamar mínimo de bem estar e qualidade de vida da pessoa, relegando outros à memória ou ao completo esquecimento. Muitos exemplos há de produtos e serviços hoje reputados necessários que foram outrora considerados luxuosos, supérfluos ou desnecessários: a geladeira, o telefone e o automóvel. Outros houve que, tidos como imprescindíveis na vida cotidiana, caíram em desuso e se tornaram objeto de curiosidade ou peças de museu: as navalhas de barbear, o lampião e a máquina de escrever.

Essa moderna afluência, à qual as sapatadas de Kruschew na Organização das Nações Unidas faziam referência e que bem pode caracterizar a sociedade de consumo de massa, não implica necessariamente uma melhor situação da pessoa no espaço social. Sob muitos aspectos essa situação até piorou, em larga medida por conta do desequilíbrio no poder entre, de um lado, a pessoa, o consumidor, ou usuário ou cliente e, de outro lado, o fornecedor-empresário, municiado de um vasto arsenal de organização, de *marketing*, de crédito, de tecnologia e mesmo jurídico, e, entre ambos, o Estado, todos eles mirando o ato de consumir. Objetiva-se a geração de lucros, como meta primeira e essencial, tendo a satisfação do protagonista-consumidor-usuário como meta secundária, a ser lograda somente se necessária para viabilizar a primeira.

Esse processo dinâmico, que fortalece alguns sujeitos do universo do consumo e enfraquece outros, que atribui e depois retira relevância de bens da vida, serve como pano de fundo para um esforço contínuo do legislador e do operador do Direito para sistematizar e garantir a fruição equilibrada desses bens. “Toda e qualquer legislação de proteção e defesa do consumidor tem, portanto, a mesma *ratio*, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado”.¹ Esse esforço não é novo. A *Magna Carta* de João Sem Terra, no

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 7.

distante ano de 1215, antes das tão celebradas garantias de justiça para limitar o arbítrio do soberano (artigos 39 e 40), ocupou-se de preocupações bem mais comezinhas no seu artigo 35, que neste trabalho denominaremos “métricas”, ao tratar de padrões de medição para bebidas, grãos e tecidos:

Deve haver uma medida de vinho por todo o reino, e uma medida de trigo e grãos, o quarto londrino, e uma medida para tecidos tingidos, crus e linho, dois *ells* entre as bordas. Também haja uma medida para pesos.²

Na mesma linha, séculos depois, o constituinte brasileiro foi copioso ao selecionar temas mercedores da mais alta hierarquia no ordenamento positivo. Consagrou vários princípios para iluminar especificamente a atividade econômica, lapidando dentre eles a defesa do consumidor para assegurar que todos tenham uma existência digna, impondo ao Estado tal obrigação (art. 5, XXXII). O mero ato de bem consumir galgou portanto o status constitucional de condição necessária para a dignidade:

Constituição Federal

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;

Enquanto princípio da ordem econômica constitucional, ao lado da propriedade privada que desempenha uma função social, da livre concorrência, da defesa do meio ambiente e do combate à desigualdade social, a defesa do consumidor enfeixa-se teleologicamente para orientar a atuação de todos os agentes que nela atuam, especialmente o Estado, que deve e pode intervir na atividade econômica. Muito embora se possa argüir, como adiante exploraremos, que as telecomunicações não têm consumidores, mas, sim, usuários porque se trata de serviço público, devemos notar no art. 37, § 3º, I, que a Carta brasileira faz

² Una mensura vini sit per totum regnum nostrum, et una mensura cervisie, et una mensura bladi, scilicet quarterium Londoniense, et una latitudo pannorum tinctorum et russetorum et halbergettorum, scilicet due ulne infra listas; de ponderibus autem sit ut de mensuris. *There shall be standard measures of wine, ale, and corn (the London quarter), throughout the kingdom. There shall also be a standard width of dyed cloth, russet, and haberject, namely two ells within the selvedges. Weights are to be standardised similarly.* Tradução para o inglês disponível em http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/translation/mc_trans.html, consultado em dezembro de 2009. Um *ell* equivale a aproximadamente 45 polegadas.

expressa menção às qualidades da prestação estatal, de modo que os princípios da legislação consumerista se aplicarão pelo menos de modo subsidiário.

Mesmo que se entenda que esses princípios informadores da ordem econômica não bastam para garantir a efetividade do fim proposto, e que muitas outras normas infraconstitucionais são necessárias, devemos reconhecer de pronto essa missão do Estado de cultivar a dignidade no consumo, sob pena de negar-se vigência à letra da Constituição. De modo simplista a atuação do Estado no domínio econômico ultrapassará necessariamente a mera tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar uma desordem que provinha do liberalismo; vai além, para alcançar todos os recantos da vida quotidiana com uma plêiade de subsistemas legais que gravitam em torno desses princípios.³

Numa órbita próxima deste princípio da dignidade de consumo gravitam várias normas que expressamente complementam a Carta brasileira: a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, trata prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e o Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Em órbitas relativamente próximas, uma miríade: a lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica; diversas leis de aplicação mais específica, como a lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que disciplina as concessões de serviços públicos de energia elétrica, a lei nº 9.472 de 16 de julho de 1992, sobre a prestação de serviços de telecomunicação, a lei nº 9.782, de 26 de julho de 1999, sobre o sistema de vigilância sanitária, apenas para citar algumas recentes. Mais antigas também há, como o Código Civil de 1916, que já regulava as condições da oferta de bens, e a lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, ainda em vigor para tratar de crimes contra a economia popular.

O que todas essas normas têm em comum, algumas de modo expreso, outras tacitamente por meio de conceitos jurídicos indeterminados, a seguir explorados neste trabalho, é a remissão que fazem ao poder do administrador público encarregado de intervir nas relações que regulam. Ilustramos aqui com os exemplos mais eloquentes, nas menções expressas no art. 1º da Lei nº 8.987/95, específicos sobre a prestação de serviços públicos, e art. 39 do Código do Consumidor:

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 14. ed., 1997, p. 718 e 720.

Lei nº 8.987/95

Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos....

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:...

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;...

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;

Código do Consumidor

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:...

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

Evidencia-se que o campo de atuação do administrador ultrapassa a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, limitado à subsunção dos casos concretos. Conforme atribuições legais específicas, o dever de elaborar normas com foco no consumo, no serviço público, no interesse público e, levando ao limite, na dignidade do usuário, confronta o administrador público com o desafio de extrapolar, de multiplicar mandamentos legais em normas infralegais, até os limites que antecedem à afronta ao ordenamento jurídico, uma fronteira conflagrada doutrinariamente.

Produtos e serviços, quando regulados por força de algum mandamento legal, sobretudo os de ordem constitucional, refletem primariamente o interesse público na sua existência, transformando suas qualidades – efetivas ou pretendidas – numa matriz jurígena que lança o administrador em um gigantesco espaço de atuação e decisão. Ao lado de soluções inescapavelmente decorrentes dos princípios e da interpretação de conceitos indeterminados que regem essas prestações, acham-se alternativas aparentemente indiferentes aos olhos da lei, todas elas a guiar a ação do administrador na consecução dos interesses públicos albergados pela lei.⁴

⁴ A existência da telefonia *per se* mereceu do legislador e do regulador brasileiros uma especial atenção, quando

Objetivamos neste trabalho deambular entre as agruras que o dever de usar a discricionariedade impõe ao Administrador incumbido dessa missão de criar normas de regulamentação, especialmente sobre as qualidades intrínsecas dos serviços de telecomunicação, até o limite que antecede o controle judicial, tema que apenas tangenciaremos sem nele adentrar.

Neste trabalho faremos preliminarmente uma brevíssima apresentação do histórico do desenvolvimento do instituto da discricionariedade administrativa, do seu advento até sua atual inserção no seio do Estado de direito (2). Delinear-se-ão na seqüência os contornos da função administrativa do Estado (3), em subordinação a princípios constitucionais que lhe demarcam um regime jurídico peculiar (4). Traçado um panorama circunstancial, visitaremos a doutrina de importantes juristas do Brasil e de outros países, incluindo o tema da discricionariedade técnica, em busca de diferentes formas de entender o instituto jurídico que nos propomos a investigar (5). Ofertaremos então nossa apreciação sobre a discricionariedade administrativa (6). Depois, visitaremos o tema da competência para exercer este poder discricionário, já voltando os olhares para as disposições do direito positivo brasileiro (7). Passaremos, então, a apresentar uma importante discussão doutrinária sobre a extensão e a profundidade admitidas na edição de normas de regulação pelo Administrador brasileiro, sob as luzes do ordenamento pátrio. Duas grandes correntes doutrinárias antagonizam-se, em vista das peculiaridades do regime jurídico no qual se inserem as Agências Reguladoras; restringiremos nossas atenções ao serviço de telefonia fixa e móvel, sob a cura da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, sob os contornos doutrinários que norteiam a prestação de serviços públicos (8 e 9). Depois, lançaremos nossas vistas sobre o tema da qualidade (10) e especificamente na qualidade da telefonia (10) e sua correlação com o preço (12). Lançaremos então nossas considerações sobre o tema das metas e métricas de qualidade (13 a 19), em vista dos conceitos jurídicos indeterminados envolvidos e da discricionariedade

impuseram metas de universalização dos serviços prestados em regime público. Essas metas, que não avaliaremos aqui, merecem trabalho apartado porque remetem o Administrador num difícilíssimo xadrez de tecnologias que se sucedem e competem entre si. Anote-se, a título de exemplo, que o primeiro Plano Geral de Metas de Universalização (Decreto nº 2592/98), editado sob a Lei 9.472/97, sequer previa o uso da internet e se preocupou com a instalação de telefones de uso público, ao passo que a telefonia móvel brasileira, tal como em mercados mais maduros como os europeus, já anunciava uma rápida evolução da preferência do usuário pelos celulares pré-pagos, baseados em tecnologias capazes de transmissão de dados em altas velocidades. Longe de criticarmos a decisão tomada naquela ocasião, preferimos reconhecer a cautela do regulador em não aderir a modismos ou limitações que essa ou aquela tecnologia possa facultar.

nessas definições regulamentares, usando exemplificativamente normas da Agência de Telecomunicações, com o objetivo de apontar sua afinação com os desenvolvimentos doutrinários tratados sobre o uso da discricionariedade administrativa.

A relevância e a irrelevância deste tema descortinam-se com a multiplicação dos regulamentos, instruções, portarias, deliberações e resoluções do administrador público, bem como dos atos administrativos que os implementam. A relevância decorre, sem sofisticadas estatísticas, de uma inegável efervescência legiferante. Em pouco menos de dez anos de existência, a Agência Nacional de Telecomunicações editou mais de 500 resoluções, fora outros atos normativos de caráter menos geral ou individual, ao fazer uso da competência prevista no art. 19 da Lei nº 9.472/92. Igualmente recente, a Agência Nacional de Energia Elétrica já passou das 300 resoluções normativas. O Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO, mais de 200 normas. O Departamento Nacional de Trânsito, mais de 400 normas, entre resoluções, deliberações e portarias. Relativamente mais antigos, a Comissão de Valores Mobiliários e o Banco Central possuem larga tradição normativa. A irrelevância do tema, por sua vez, pode associar-se à efemeridade de muitas dessas normas e talvez à percepção de que, apesar de todas elas e do seu constante aprimoramento, as tutelas pretendidas ainda frustram legítimas expectativas da sociedade.

2 - A Discricionariedade Administrativa - *Quaestio Diabolica*

A discricionariedade do administrador, *quaestio diabolica*⁵, tema longo, remonta ao advento do próprio Estado, na forma mencionada por MAQUIAVEL, já no primeiro capítulo do seu “O Príncipe”, ou por Sun TZU, em “A Arte da Guerra”, escrito na China do século IV a.C.⁶. Nestas obras já se investigam os desígnios e decisões dos homens que conduzem assuntos de uma entidade maior que os interesses pessoais.

Sobre a discricionariedade, enquanto instituto jurídico, anotamos apenas, nas poucas linhas a seguir, que seu advento se relaciona com processos históricos custosos, nem sempre lineares e evolucionários, de submissão paulatina do poder aos ditames daquilo que hoje se designa Estado de Direito. O alvitre dos detentores do poder, que lideravam seus Estados nas várias conformações que a História descreve (absolutista, liberal, social, etc.), e que tinham por base os mais variados fundamentos (o sangue azul ou o sangue derramado, a vontade dos deuses ou do dinheiro, a conveniência, o acaso, etc.), restou limitado, controlado e segregado em mãos de diversos agentes, que desempenham funções pré-estabelecidas e em obediência a um ordenamento previamente estabelecido.

Nesse processo, a História cuidou de inculpir em muitas constituições os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, da legalidade, da reserva legal e da segurança jurídica, como premissas logicamente necessárias para a inteireza do sistema, os quais permitem que qualquer pessoa conheça ou, razoavelmente, estime as ações e reações do Estado, no desempenho de suas funções, sobretudo quando diz respeito aos direitos individuais.

5 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 6, p. 44.

6 *O Príncipe*, São Paulo: RT, 2006; *A Arte da Guerra*: os treze capítulos originais. Tradução de Bushidô, Nikko, São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

3 - Funções do Estado

Partimos da premissa de que cada ordenamento jurídico dispõe diferentemente sobre as funções do Estado, o mais das vezes sem declinar ou expor critérios precisos, até porque não se devem esperar essas preocupações metodológicas do constituinte ou do soberano. Reconhecemos então que este exercício de exegese sempre poderá levar os estudiosos do assunto a conclusões diferentes, obtidas com enfoques, metodologias e pontos de vista distintos. Por tal motivo, adotamos a recomendação epistemológica de Geraldo ATALIBA, que preleciona que qualquer exegese objetiva e imparcial deve considerar as normas a serem estudadas, em harmonia com o contexto geral do sistema jurídico.

Os preceitos normativos não podem ser corretamente entendidos isoladamente, mas, pelo contrário, haverão de ser considerados à luz das exigências globais do sistema, conspicuamente fixadas em seus sistemas. Em suma, somente uma compreensão sistemática poderá conduzir a resultados seguros.⁷

Usamos a exegese do italiano Renato ALESSI sobre as funções do Estado, e que nos servirá de base, para exposição dos conceitos essenciais envolvidos nessa questão. Para a definição das funções do Estado, propõe este jurista um critério objetivo material, mais como princípio tendencial do que como regra absoluta.⁸ Cada poder estatal – ou, melhor, cada função do Estado – tem competências que lhe são próprias e normais, conforme indica sua própria designação e atribuições, muito embora se admitam excepcionalmente outros encargos, próprias dos outros poderes (funções típicas e atípicas). O critério subjetivo ressalta assim sua própria fragilidade, pois não nos permite divisar o espaço de atuação de cada função do Estado. Por outro ângulo, cada coisa, instituto ou conceito - e não é diferente com a função do Estado - terá determinadas características, justamente porque o próprio Direito as conferiu, não sendo o nome atribuído, portanto, um elemento determinante de sua essência.

Na lógica de ALESSI, a função legislativa reflete-se na emanção de atos de produção jurídica primários, i.e., de atos que criam e inovam no mundo jurídico, com

⁷ *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985, p.5.

⁸ *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. da 3.ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, p. 9-14. Também em BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

fundamento unicamente no próprio poder soberano. A função jurisdicional caracteriza-se, por sua vez, pela emanção de atos de produção jurídica, subsidiários e secundários, que impõem, com fundamento na sua autoridade, imparcialidade e independência, o respeito e a observância das normas primárias, na solução de conflitos sociais. A função administrativa produz atos jurídicos igualmente secundários, de natureza complementar aos atos jurídicos primários. Limitada por força da própria lei, que lhe estabelece a finalidade, os meios e formas a empregar na realização do comando legal (legalidade em sentido negativo), bem como autoriza o administrador a fazer o que a própria lei permite (legalidade em sentido positivo), desenvolve-se a função administrativa por meio de comportamentos infralegais ou excepcionalmente infraconstitucionais, segundo um regime jurídico próprio e sempre sujeita a controles hierárquico e jurisdicional. Tais atos secundários da administração prestam-se a viabilizar a concretização dos atos do Poder Legislativo, ao lado de função política ou de governo, voltada para direção suprema e geral do Estado, de coordenação com a atuação das outras funções em busca de uma unidade de soberania.⁹ Reforça-se a finalidade da lei como força motriz para atuação do Estado, para desempenho de sua função na consecução do interesse público.

Deve ser reconhecida a insuficiência do critério puramente orgânico ou subjetivo, baseado na identidade do ente administrativo, que apenas traduz indiretamente a designação de poderes proposta por MONTESQUIEU. Se da função legislativa resultam normas de conduta gerais, abstratas, impessoais e imperativas, que inovam na ordem jurídica, conforme processo legislativo próprio, qualquer outra norma imperativa, mesmo que assemelhada àquele ato em termos de generalidade, abstração e impessoalidade e que também inove a ordem jurídica, porém não em caráter primário, e que também não obedeça ao processo legislativo, não poderá ser considerada uma lei. Será norma jurídica de outro tipo; lei, não.

O mesmo raciocínio vale para a função jurisdicional, cujo regime lhe é peculiar. Mesmo que os órgãos administrativos exerçam funções assemelhadas à jurisdicional, gerando atos secundários que buscam assegurar o respeito e a observância das leis, provendo soluções no âmbito de conflitos sociais, suas falas não se revestirão das mesmas características daquela função, sobretudo porque não alcançarão o *status* de coisa julgada material e também porque carecerão da presunção de imparcialidade e independência. Pela mesma via, órgãos dos

⁹ *Instituciones de derecho administrativo*, p. 9-14.

poderes Judiciário e Legislativo, sempre que realizarem atos típicos da administração, como por exemplo a compra de material de expediente por meio de licitação, ou seja, uma atividade infralegal, vinculada a finalidades especificadas e em cumprimento de lei, passíveis de controle jurisdicional ordinário, enquadrarão sua atuação na função administrativa.

Como se viu, o *nomen juris* atribuído a um dos “poderes” do Estado (reconhecemos como mais apropriada a menção a “funções do Estado”), ou aos órgãos que o integram, “só pode corresponder a um signo breve para nominar coisas juridicamente equiparáveis pelos princípios e normas que os regulem”, pois, em Direito, a similitude dá-se pelo regime jurídico e não por alguma outra qualquer.¹⁰ Não basta portanto o critério orgânico: o *nomen juris* da função, em que se enquadra funcionalmente o órgão que edita o ato, não será capaz de ditar a natureza da função por ele efetivamente desempenhada.

BANDEIRA DE MELLO propõe como apropriado para identificar as funções do Estado o critério formal, “que se prende a características impregnadas pelo próprio Direito à função tal e qual”, após apontar essas fragilidades dos critérios material e orgânico.¹¹ Alinhamo-nos assim à definição por ele proposta de *função administrativa*, que vale sob a luz do Direito pátrio: *aquela que o Estado, tipicamente por meio do próprio Poder Executivo e excepcionalmente por órgãos de outros Poderes, no interior de uma estrutura e regime jurídico próprios, desempenha mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente infraconstitucionais, submissos todos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.*

Destaca-se aqui, como elemento do regime jurídico da função administrativa do Estado, a existência de um regime jurídico peculiar, um conjunto de regras, implícitas ou explícitas, do ordenamento positivo que guiarão a atividade do administrador. Fica então a questão: no que consiste o regime jurídico próprio da função administrativa no Direito brasileiro? Conforme a já mencionada lição de ATALIBA, sua resposta passa necessariamente pelo entendimento de princípios que regem, num primeiro plano, a função administrativa, ou seja, o próprio Direito Administrativo como um todo, e, num segundo plano, todos os demais princípios jurídicos constitucionais.

¹⁰ *Curso de direito administrativo*, p. 159.

¹¹ *Ibidem*, p.35

4 - Princípios constitucionais

Os princípios jurídicos constitucionais, todos eles, serão sempre aplicáveis. São sistemicamente inafastáveis. Enquanto enunciados lógicos, implícitos ou explícitos, sem hierarquia, a grande generalidade do conteúdo dos princípios coloca-os numa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com eles se conectam.

Os princípios, para o jurista alemão Robert ALEXY, reclamam um mandamento de otimização, que se traduz numa espécie de dever em tese (*prima facie*) de que algo seja realizado na melhor medida das possibilidades de fato e de direito, disponíveis no caso concreto. Os princípios colidem constantemente entre si em busca de sua máxima realização e, por este motivo, sua aplicação requer uma ponderação que conduza desse dever-*prima-facie* ao dever real e definitivo.¹² Tal ponderação compreende, primeiro, a análise do grau do não-cumprimento ou prejuízo de um dado princípio; em seguida, da comprovação da importância do cumprimento do outro princípio em sentido contrário; por último, da comprovação de que cumprir um princípio justifica o descumprimento do princípio oposto.

Não cabe aqui, neste trabalho, descrever em detalhes todos os princípios do ordenamento brasileiro. Destacamos apenas aqueles que exercerão diretamente a maior influência no debate acerca do exercício do poder discricionário no seio da função administrativa do Estado.

Como decorrência de uma função do Estado, o poder discricionário assume necessariamente os contornos decorrentes da função administrativa atribuída ao Estado, ou seja, decorrentes das definições contidas em cada ordenamento jurídico.¹³ No Direito brasileiro, de plano e sem maiores contendas doutrinárias sobre sua existência no país, dois são os princípios essencialmente ligados ao exercício dessa função do Estado. A *supremacia do interesse público sobre o interesse privado* e a *indisponibilidade do interesse público* regem direta ou indiretamente todo o funcionamento do aparato estatal, aí incluindo-se as

12 *Constitucionalismo discursivo*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.37

13 PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003, p. 228.

autarquias.

A supremacia do interesse público sobre o interesse privado, axioma do regime de Direito Público, impõe que o administrador, para sua ação, pondere os interesses públicos e privados envolvidos, preferindo os públicos, i.e., o interesse da coletividade. Tempera-se essa supremacia com o princípio da razoabilidade, que remete à solução menos gravosa para obtenção da finalidade pretendida, num esforço de compatibilizar e conciliar esse interesse público e impor em contrapartida os menores sacrifícios ao patrimônio jurídico dos particulares. O princípio da indisponibilidade impede por sua vez o administrador de retardar ou deixar de tomar providências que reflitam o interesse público. Reflete-se aqui a cogência da finalidade da norma, ou seja, os interesses qualificados como públicos, pelo ordenamento jurídico, não remanescem no patrimônio disponível do administrador, a quem cumpre apenas por eles zelar e cumprir.¹⁴

A legalidade é, pois, outro princípio basilar do Estado democrático de direito, inclusive no brasileiro (Constituição, art. 5, II). Impor a sujeição ao império da lei significa realizar o princípio da igualdade e da justiça. Conforme José Afonso da SILVA, reza esse princípio que toda atividade fica sujeita à lei, “entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de Poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição”.¹⁵ Anota o jurista que esse princípio não deve ser compreendido isoladamente, mas dentro da sistemática constitucional, sobretudo em vista das regras de distribuição de competência entre os vários órgãos que exercem as funções do Estado.

Na técnica redacional da Carta brasileira, a remissão expressa à lei, repetida mais de quarenta vezes ao longo do seu texto, refere-se tanto àquela expressão formal e material da representação popular, em processo parlamentar próprio, quanto a atos a ela equiparados, como a lei delegada do art. 68 e a medida provisória do art. 62. O princípio da legalidade vincula-se, entretanto, a uma reserva genérica do Poder Legislativo, que não exclui a atuação secundária de outros Poderes. Daí ser pertinente lição do italiano Maximo Severo Giannini, anotada por José Afonso da SILVA, ao avaliar, no direito italiano, regra semelhante ao nosso

14 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 153; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cap. 1, *passim*.

15 *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.82.

art. 5, II: não é necessário que a lei contenha todo o procedimento e regule todos os elementos do provimento administrativo, pois para alguns desses detalhes pode subsistir discricionariedade.¹⁶ Assim, atuar com legalidade não significa que essa atuação deva encontrar todos os seus elementos exaurientemente descritos na lei, o que reduziria o administrador a *Máquina de Subsunção*, idéia já superada. Pelo contrário, a Constituição impõe uma obrigação de editar normas, não tornando, entretanto, nem o legislador, nem o administrador, em entes plenipotenciários. O primeiro se limita à constitucionalidade; o segundo, à constitucionalidade e à legalidade.

Não é dado à lei ordinária fixar sentido ou alcance duvidosos do texto constitucional, ao estabelecer os meios e modos de torná-lo aplicável: “Regulamentar um dispositivo constitucional é apenas complementá-lo, isto é, criar órgãos, autoridades, normas jurídicas ou processos necessários à sua aplicação”, com a ressalva de que a própria norma constitucional fixa critérios ou princípios mais ou menos gerais, dentro dos quais deverá necessariamente se mover o legislador no intuito de regulamentá-la, como preleciona José Horácio MEIRELLES TEIXEIRA.¹⁷

Pelas mesmas razões que o constituinte não esgota os fatos da vida e remete parte dessa faina ao legislador, este também pode socorrer-se de outros agentes que podem criar normas, individuais ou genéricas, para exaurir dada matéria. Surge, da lavra do legislador, a possibilidade de instituírem-se regras infralegais, tais como decretos, portarias, instruções normativas, etc., de órgãos executivos e autoridades públicas que gozem de poder de decisão para aplicar as normas que integram o sistema. Todos esses instrumentos infralegais devem obediência ao princípio da legalidade.

Aqui fazemos então uma diferenciação necessária. Não raro se confundem ou não se distinguem suficientemente o *princípio da legalidade* e o *princípio da reserva de lei*, que igualmente importa no presente trabalho. Entendemos aqui que o primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo princípio consiste em estatuir que o tratamento de determinadas matérias há de ser feito necessariamente por lei resultante da função legislativa do Estado.¹⁸ Como veremos a

16 *Comentário Contextual à Constituição*, p. 83.

17 *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 305 e 306.

18 Em sentido diverso, a reserva legal impõe que os atos da administração têm que se basear ou fundar em lei,

seguir, outra diferença entre esses princípios está em que a legalidade envolve uma questão de hierarquia das fontes normativas ao passo que a reserva de lei envolve o tema da competência para editar tais normas.¹⁹

Como já mencionado, sabemos que as normas de uma constituição pouco adentram no detalhamento deôntico dos fatos da realidade social em toda a sua riqueza e complexidade. Mesmo as mais modernas, que tendem a ser mais extensas e analíticas que as do século XIX, as constituições são, no que diz respeito à extensão de seus comandos, conjuntos de normas que expressam princípios e regras de significativa generalidade, de formulação relativamente sintética e suficientemente compreensiva daqueles propósitos reputados fundamentais ou essenciais. Esse conjunto de vetores programáticos presta-se então a orientar a legislação futura, quase sempre resguardando um conteúdo eminentemente ético-social.²⁰

Para atingir todos os fatos da vida social não explicitamente tratados a Constituição requer a mediação ou do legislador, ou dos operadores do Direito, que destilarão a realidade em seus pormenores, sob a luz de seus princípios, diretrizes, e regras gerais. Daí que o constituinte, ao dispor dos mais variados temas, ora esgota-os, ora se refere explicitamente à necessidade de normas inferiores (leis complementares, ordinárias e mesmo normas infralegais de competência do Poder Executivo), ora prescreve a existência de órgãos públicos incumbidos de expedir mandamentos acerca de seus pormenores por meio de regras infralegais, ora tais normas inferiores se tornam logicamente necessárias em função da generalidade do comando constitucional. Nesse sentido, aliás, já é pacífico o entendimento de que nem toda norma constitucional se aplica imediata e automaticamente, independentemente e sem necessidade de legislação inferior.²¹ Esse tema será retomado com mais detalhe adiante, no capítulo sobre a edição de normas pelo regulador.

Assim como essa atuação administrativa tem limites no princípio da legalidade, a legislação igualmente não pode tudo porque a Constituição também a limita: a

conforme FIGUEIREDO, Marcelo. *Agências Reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 133.

19 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, p. 81-83.

20 MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*, p. 297-298. Menciona que nas constituições modernas, a partir especialmente da Constituição alemã de Weimar (1919), se manifestou uma decidida tendência de nelas incluir matérias de direito civil, administrativo, processual, etc.

21 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p.

inconstitucionalidade. Será inescapável a indução segundo a qual o constituinte, da mesma maneira que privou o legislador de qualquer possibilidade de regular determinadas matérias, v.g. censurar a liberdade de expressão, também privou o legislador da possibilidade de incumbir o Poder Executivo de regular infralegalmente essa mesma matéria. Noutros verbos, o legislador não pode transferir ao administrador um poder que não recebeu do constituinte. Nessa questão Marcelo FIGUEIREDO anota desalentadamente a multiplicação de centros normativos paralelos, inclusive no cenário político-jurídico internacional, à conta do desprestígio do parlamento, atribuído à sua insuficiência normativa em vista das necessidades do Estado social, à sociedade tecnológica de massas e à transferência gradual de poderes normativos ao Executivo. Tal transferência ocorre, “nem sempre, é certo, respeitando os poderes recebidos do ordenamento jurídico constitucional”.²²

Incide então a reserva de lei, ou reserva legal, que se põe mais precisamente nos limites que o constituinte impõe ao legislador para que este último delegue certas matérias à regulação infralegal, ou seja, para o critério do administrador público. O tema é conhecido de nossos tribunais e subjaz nos debates doutrinários a respeito dos limites da edição de normas por órgão da administração, assunto que será tratado mais adiante neste trabalho.²³

76.

22 *Agências Reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa*, p. 91.

²³ ADI 2.075-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7-2-01, Plenário, DJ de 27-6-03: "O tema concernente à disciplina jurídica da remuneração funcional submete-se ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei, vedando-se, em consequência, a intervenção de outros atos estatais revestidos de menor positividade jurídica, emanados de fontes normativas que se revelem estranhas, quanto à sua origem institucional, ao âmbito de atuação do Poder Legislativo, notadamente quando se tratar de imposições restritivas ou de fixação de limitações quantitativas ao estipêndio devido aos agentes públicos em geral. *O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei – analisada sob tal perspectiva – constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes". No mesmo sentido: MS 22.451, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 5-6-97, Plenário, DJ de*

Vai aqui um *grano salis* sobre esse instituto para o qual o Direito estrangeiro ofereceu outros contornos: alguns sistemas jurídicos admitem os denominados regulamentos autônomos ou independentes, de caráter *praeter legem*, i.e., admitem que um ato infralegal inove originariamente sob a Constituição; outros temas permanecem fora do alcance dos regulamentos, sendo portanto reservados apenas à lei. No Direito brasileiro a Constituição (art. 48) permite que o Congresso disponha sobre todas as matérias de competência da União, de modo que nada sobraria originariamente para os regulamentos. Em outras palavras, a nossa lei pode regular qualquer matéria, limitando-se apenas pela Carta. Sobre o tema ensina Alberto XAVIER que

[...] o Direito Constitucional brasileiro apenas acolhe a figura do regulamento de execução (*secundum legem*), não admitindo os chamados regulamentos independentes ou autônomos (*praeter legem*). Mas não vamos ao ponto de entender que a reserva de lei [...] imponha limites tão estreitos à 'execução' regulamentar das leis que lhes vede qualquer capacidade inovadora no que tange à criação de deveres e obrigações. 'Execução' não é necessariamente 'reprodução'.²⁴

São exemplos evidentes e pacíficos da aplicação do princípio da reserva de lei nas limitações da Constituição brasileira para a criação de tributos (CF, art. 150, I) ou para a criação de penas contra a liberdade (CF, art. 5, XXXIV). Trata-se aqui do princípio da reserva de lei em seu caráter mais absoluto. Noutros temas, essa reserva pode ser relativa: compete privativamente à União legislar sobre o trânsito (CF, art. 22, XI), mas não é minimamente razoável esperar ou exigir que uma lei federal, embora possa fazê-lo como visto acima, venha a definir, para todas as cidades do país, cada uma das ruas nas quais será proibido estacionar, ou os sentidos de circulação em cada uma delas. Daí que haja na lei de trânsito (lei nº 9.503/97, art. 21) delegações a autoridades executivas para que exerçam sua discricionariedade no detalhamento da suas diretrizes. Mesmo assim, não assiste às autoridades de trânsito simplesmente vetar toda e qualquer circulação de veículos no espaço territorial de sua competência, o que caracterizaria uma inovação em relação à lei, contrariando irregularmente a ela e à Constituição.

Reserva de lei: absoluta ou relativa? Como diferenciá-las? Voltemo-nos para a própria Carta para identificarmos como o constituinte manejou esse princípio constitucional.

15-8-97.

²⁴ *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: RT, 1978, p. 29-30.

O art. 150 da Carta estabeleceu como regra a reserva absoluta da lei para a criação ou aumento de impostos, e também – no corpo da própria Constituição – tratou de estabelecer a relatividade dessa reserva, ou seja, criou as fronteiras dentro das quais a lei pode conceder margem de discricionariedade ao Poder Executivo na questão fiscal: alterar alíquotas de alguns tributos, não de todos, atendidas as condições e os limites máximo e mínimo estabelecidos pela lei, e não pelo próprio Poder Executivo (art. 153, §1º). A lógica inversa pode ser constatada no seu art. 5, VI da Carta: é inviolável a liberdade de crença, assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. Não há na Constituição qualquer remissão, abertura, brecha, nem para a lei, nem para ato do Poder Executivo, para definir cultos ou liturgias para efeito dessa proteção. Prevalece então a mais irrestrita a liberdade de culto, qualquer que seja sua fé, podendo a lei tratar apenas da proteção das liturgias e locais de culto, jamais de sua restrição. Se a lei não pode limitar a liberdade de culto, não poderá tal lei delegar para o Administrador o poder de criar tais restrições.

Sob a luz dessas constatações, podemos delinear algumas características do princípio da reserva legal na Constituição brasileira. Ao reservar determinadas matérias para tratamento apenas por lei, o próprio constituinte engendrou para o Legislativo as condições nas quais um bem jurídico poderá ser afetado dentro do sistema por mandamentos legais. Estamos diante de uma delegação da Constituição para uma manifestação da soberania popular por meio da função estatal legislativa. Essa reserva legal impede, nos termos fixados na Constituição, que a lei delegue a função normativa para atos infralegais, como portarias ou instruções normativas, que venham a ser editados no âmbito da burocracia de algum órgão do Poder Executivo. A Carta faz então valer a separação de funções do Estado, que por um lado inadmite ao Executivo substituir os atos do Legislativo, mas, por outro lado, impõe-lhe a obrigação de exercer plenamente sua função, na busca do interesse público, conforme os mandamentos constitucionais, tema que também será tratado logo mais adiante.

Forçoso então reconhecer na reserva de lei um princípio constitucional portador de um forte componente sistêmico-axiológico. Com esse instituto a Constituição reserva à lei, enquanto manifestação da vontade democrática, matérias marcadamente permeadas por seus valores fundamentais, que devem permanecer intocados por ato do gestor público. Retomando

os exemplos, para definir crimes e penas que incidem diretamente sobre o direito fundamental “liberdade”, o manejo do poder compete apenas à lei; os delegados de polícia nada podem inovar em relação à lei. Para definir o local de estacionamento de veículos pelas ruas do país, que apenas de muito longe se conecta com a liberdade de ir e vir, a reserva legal é relativa, e a lei bem concede maior discricionariedade ao Poder Executivo, que poderá, então, definir tais locais.

Trata-se assim a reserva legal de uma limitação imposta pela Constituição ao legislador, que restringe a delegação, a outro poder do Estado, da tarefa de criar norma restritiva sobre matéria permeada pelos seus valores mais relevantes. Tanto mais elevados ou relevantes forem esses valores dentro da Constituição, tanto menor será a relatividade dessa reserva legal, ou seja, mais exaustivamente deverá o Poder Legislativo regular em lei a matéria em questão.

Outros princípios regem igualmente a atividade do Estado no desempenho de sua função administrativa. Sem maiores aprofundamentos, que certamente merecem, alinhavamos vários deles para mera referência. Noutras etapas deste trabalho ganharão mais relevo.

O princípio da finalidade impõe que se busque o fim almejado pela lei como critério norteador de sua aplicação. O princípio da razoabilidade requer a obediência a critérios de atuação racionalmente razoáveis e aceitáveis, conexos com as finalidades que presidem a competência de atuação. O princípio da proporcionalidade, confluyente com a razoabilidade, reprime excessos e propõe limites para a extensão e intensidade dos atos administrativos, sobretudo daqueles que confrontam direitos dos administrados. O princípio da motivação exige que o administrador justifique seus atos e demonstre sua afinção com o ordenamento jurídico. O princípio da impessoalidade veda os favoritismos, as perseguições, os sectarismos por qualquer razão ou causa; trata-se pois de um desdobramento do princípio da isonomia na esfera específica de atuação do administrador. Pelo princípio da publicidade deve o agente público dar transparência a seus comportamentos, sem ocultar assuntos ou informações sobre os interesses públicos que tutela. O princípio da moralidade administrativa, da probidade, impera para inserir a ética altissonante, a lealdade e boa-fé na ação de todo e qualquer agente público. Os princípios do devido processo legal e da ampla defesa determinam que processos regulares e formais sejam conduzidos apropriadamente, em conformidade com procedimentos previamente conhecidos, em oposição a qualquer

forma de arbítrio, sendo especialmente encarecidos, na edição de atos que pretendam afetar a liberdade, os bens e os direitos do administrado. O princípio da responsabilidade pelos atos administrativos impõe ao Estado a obrigação de reparar danos que qualquer ente estatal cause, culposa ou dolosamente, no desempenho de suas funções, excluindo-se apenas aqueles decorrentes de omissões. A inafastabilidade do Poder Judiciário cria para o administrado o princípio do controle judicial dos atos administrativos. O princípio da eficiência exige que o administrador faça bem sua tarefa em vista das disponibilidades, não lhe assistindo a possibilidade de almejar o precário como apropriado para atender o interesse público.

5 – Diferentes propostas doutrinárias

Feitos esses esclarecimentos preliminares sobre o surgimento da atividade discricionária dentro da função administrativa do Estado, e sobre os princípios que regem seu exercício a partir do mais alto escalão do ordenamento jurídico, passemos a avaliar várias propostas doutrinárias de juristas de escol, na tentativa de desvendar mais detalhes desse tema.

No Brasil:

M. SEABRA FAGUNDES aprofundou-se no estudo do chamado “mérito administrativo”, que expressa a discricionariedade administrativa.²⁵ Por mérito entende o “sentido político” da atuação do agente público em relação às normas da boa administração, ou seja, o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados. No mérito residem aspectos como justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc., que se resumem no binômio formado pela oportunidade e pela conveniência. O mérito conecta-se com o motivo e o objeto do ato administrativo. Como essa avaliação envolve critérios políticos e técnicos, e não “estritamente jurídicos”, o mérito compete exclusivamente ao Poder Executivo, afastando, portanto, a apreciação pelo Judiciário.

Em linha assemelhada está o entendimento de Hely Lopes MEIRELLES. Reconhece ele que a lei será incapaz de catalogar todos os atos que a prática administrativa exige. Por essa razão submete o agente administrativo a um mínimo legal e compulsório a respeito da competência, da forma e da finalidade de um dado ato administrativo.²⁶ No mais, há necessidade de alguma liberdade

visto que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto.²⁷

25 *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 178, 180-182.

26 *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 102.

27 *Direito administrativo brasileiro*. p.104.

O ato administrativo discricionário fica, portanto, parte vinculado à competência, à forma e à finalidade (limite externo) e parte relativamente livre, com fundamento na conveniência, oportunidade e conteúdo. Essa fração quase livre deve observar os princípios gerais do Direito, as regras da boa administração e exigências de moralidade e do bem comum (limite interno). Afirma então o autor que o poder discricionário é aquele concedido pelo Direito, e não apenas pela lei, de modo implícito ou explícito, para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha a respeito de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.

A liberdade do agente público será sempre relativa e parcial, o que motiva o alerta para que não se confundam o poder discricionário com o poder arbitrário, ou seja, o administrador não poderá jamais converter essa liberdade fundada no Direito, nas regras da boa administração e nas exigências de moralidade e do bem comum, num espaço de exercício de suas próprias vontades.

Essa perquirição sobre a oportunidade e conveniência de um determinado ato discricionário, coincide, como veremos a seguir, com recomendação acerca da melhor concepção da qualidade que deve ser exigida na prestação do serviço público. A proposição adotada a respeito da qualidade na telefonia decorrerá então de elementos de fato que o administrador competente conseguirá delinear sob a luz da finalidade normativa.

Por outros caminhos trilha Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. Ensina que, com grande frequência, o legislador edita normas que facultam algum grau de liberdade de apreciação pelo operador do Direito, seja ele o administrador público, seja o particular. Tal faculdade pode decorrer ora da premissa da norma, que prescreverá a sanção correspondente, ora da própria sanção, ora de ambas, ou, pura e simplesmente, porque a norma oferece tal poder ao administrador. Noutras palavras, ao prever eventos ou comportamentos humanos, a lei pode fazê-lo com alguma nebulosidade a cercar os conceitos que integram os elementos da subsunção. Quando o fizer com total objetividade, excluindo qualquer fluidez ou indeterminação, tanto na hipótese de aplicação da norma quanto na sua sanção, dá-se o fenômeno da vinculação, a qual impede qualquer comportamento divergente do prescrito. Essa liberdade decorrente da própria tessitura da lei, no que diz respeito ao ato administrativo, consubstancia-se crescentemente em um ou em vários dos seguintes aspectos: o momento da

prática do ato administrativo, a forma do ato, os seus motivos, a sua finalidade e o conteúdo que dele se espera.²⁸

A discricionariedade, para este jurista, também está necessária e indissolúvelmente associada ao exame do caso concreto.²⁹ Valendo-se a lei de conceitos vagos, fluidos ou imprecisos, tal como é o conceito de qualidade num plano imediato e de qualidade na telefonia num plano mediato, o juízo de aplicabilidade da liberdade pelo administrador “só ocorre em casos *duvidosos*, isto é, quando realmente é possível mais de uma opinião razoável sobre o cabimento ou descabimento de tais qualificativos para a espécie”.³⁰ Em torno destes conceitos normativos fluidos haverá sempre um núcleo significativo certo, uma zona de certeza para sua aplicação; haverá também um contorno próximo onde imperará a dúvida e outro mais distante, uma zona de certeza negativa, na qual o conceito não se aplica.³¹ Destaquemos na lição do mestre que o exame do caso concreto se dá sob a luz da norma e da sua finalidade, que nunca se afastam da análise.

Noutras palavras, o uso da discricionariedade não se apóia puramente em elementos extrajurídicos. Com isto, a análise de todo e qualquer elemento conceitual liga-se à finalidade da norma e, no limite, ao sistema jurídico como um todo, sempre calcada nos aspectos do caso concreto. Assim, diante do caso concreto, o espaço da discricionariedade decisória pode ser drasticamente reduzido, ou mesmo eliminado, em vista do plexo de circunstâncias de fato que delimitam e complementam a abstração da norma. A intelecção dos conceitos imprecisos e das expressões legais que os designam será incapaz de dissipar definitivamente, em todos os confrontos com os elementos do caso concreto, as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. Em inúmeras situações, mais de uma intelecção será

28 *Curso de direito administrativo*, p. 371.

29 Nisto alinha-se com Luis Recaséns Siches (*Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 2009, p. 214), que afirma: “[...] a interpretação de um texto e a interpretação dos fatos não são nem devem ser independentes: o texto é interpretado em vista da projeção dos fatos; assim como os fatos são analisados em vista de sua relação com as normas”.

30 BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 373.

31 A idéia de núcleo conceitual e halo de dúvida nos conceitos jurídicos indeterminados consta das lições de Englich e de Jellinek, segundo as quais um conceito pode apresentar esferas de certezas positiva e negativa e a esfera da “dúvida possível”. *Apud* BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

razoavelmente admissível, o que desautoriza a censura, como se ilícitas, erradas ou falsas fossem as demais soluções descartadas.³²

Quando mais à frente cotejarmos a doutrina dos três juristas pátrios com o tema da qualidade, ficará evidente o acerto das propostas doutrinárias que submetem a discricionariedade aos aspectos de utilidade, razoabilidade, oportunidade e conveniência, em vista dos objetivos preconizados pelo ordenamento e do devido exame do caso concreto. Será inescapável a conclusão de que a telefonia, enquanto serviço público, cujas características avaliaremos mais adiante, deve existir minimamente revestida de um conjunto de características que atendam às necessidades sociais.

Em Portugal

Em Portugal o importante jurista Afonso Rodrigues QUEIRÓ entendeu, num primeiro momento de sua doutrina, que a norma jurídica se dirige a dois mundos. Um, o mundo do ser, da realidade empírica de causas e efeitos, ontológica, onde imperam regras da matemática e das leis naturais: seus conceitos, ditos *teóricos*, são unissignificativos e franqueiam uma única solução, e por isso vinculam inescapavelmente o poder do administrador. O outro mundo é o do dever-ser, regido pela imputação jurídica, e não por relações de causa e efeito. Seus conceitos são *não-teóricos, de puro valor*, ligados ao mundo da cultura e, portanto, plurissignificativos, motivo pelo qual permitem a discricionariedade. Tal liberdade é concedida para que o agente público busque obter a “melhor satisfação da necessidade pública tutelada”, sob pena de desrespeitar o fim da lei, ou seja, sua ação deve, olhos postos apenas e tão somente no interesse público, buscar para o caso concreto a solução mais adequada, o melhor modo, para realização da necessidade pública protegida. A lei impõe ao agente a obrigação de fazer a melhor interpretação, “coisa que já não depende do legislador, é do livre juízo da Administração”.³³ Reconhecendo estar sujeita a um maior ou menor grau de subjetividade, QUEIRÓ afirma que a ação administrativa estará subordinada a uma regra geral de razoabilidade, relativa às circunstâncias de cada caso e à consideração de

32 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

33 *Estudos de direito público*. O Poder Discricionário da Administração, Coimbra: Acta Universitatis Coninbrigensis, 1989, *passim*.

finalidades impostas, “ínsita na consciência de todo o bom profissional, de todo o bom funcionário ou agente”.³⁴

QUEIRÓ muda posteriormente de opinião sobre a causa da discricionariedade:

“O poder discricionário é concebido entre nós (isto é, em Portugal) como uma certa margem de liberdade concedida deliberadamente pelo legislador ao Administrador, a fim de que este escolha o comportamento mais adequado para a realização de um certo fim público. [...] Não se confunde com os chamados *conceitos jurídicos indeterminados* que o legislador administrativo lança mão para exprimir suas provisões”.³⁵

Nessa nova proposta, o acatamento de normas não-jurídicas ou de boa-administração constituiria apenas um limite ao exercício deste poder.

CAETANO identifica em Portugal três grandes correntes doutrinárias a respeito do poder discricionário. A primeira, à qual se filia o professor de Lisboa, entende por discricionariedade uma liberdade de escolha pelo agente público, tendo em vista vários comportamentos possíveis. A lei indica o fim a perseguir e o administrador define modos e meios de fazê-lo. Um segundo grupo entende que a discricionariedade consiste numa operação intelectual pela qual o administrador completa uma norma que tenha empregado conceitos vagos, imprecisos ou suscetíveis de vários sentidos. Neste diapasão, a atividade do agente público serve para emprestar precisão à norma e obter assim a solução para o caso concreto. A terceira corrente, adotada em nova doutrina de QUEIRÓ, pauta a discricionariedade pela remissão às normas extrajurídicas, que podem ser técnicas, científicas ou de boa administração, servindo ao agente para o preenchimento do vazio da norma jurídica. A interpretação do conceito indeterminado não constitui discricionariedade, mas trabalho análogo ao do jurista.³⁶

As três correntes doutrinárias lusas, quando aplicadas ao tema da qualidade na telefonia, coincidem – aliás como coincidem todas as outras doutrinas – na afirmação de que o administrador prescreve direta ou indiretamente, discricionariamente, um determinado resultado no mundo dos fatos. Este protagonismo merece relevância neste estudo pois, quando avaliarmos o tema das métricas a subordinação da fiscalização às interpretações do

³⁴ *Estudos de Direito Público*. O Poder Discricionário da Administração, p. 461-464.

³⁵ *Apud* CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Lisboa: Almedina, 2001, p. 31, 215-216.

³⁶ *Ibidem*, p. 215.

fiscalizado, como veremos no capítulo específico, identificaremos um risco para a concretização teleológica que agente público deve dar à norma.

Na Espanha:

Os espanhóis Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ estudam a discricionariedade. Aduzem que a lei pode determinar exaustivamente todas e cada uma das condições para a ação do administrador, com pressupostos e sanções exaurientemente descritos. Neste caso, constatada a premissa, o exercício do ato pelo administrador é obrigatório e seu conteúdo não pode ser configurado livremente pela administração. São as *potestades regladas*: “*Opera aquí la Administración de una manera que podría llamarse automática*”³⁷, que reduz a atividade da administração à constatação do pressuposto de fato, definido na lei de modo completo, o que impõe a aplicação inexorável da consequência que a lei também haja prescrito de modo completo, sem deixar margem a nenhum juízo subjetivo. Como os próprios autores advertem, esta situação é bastante rara.

A lei pode também, por conta de exigências de clareza e especificidade do poder que atribui, dispor sobre determinada conduta por meio do estabelecimento de algumas das condições para o seu exercício pela autoridade, apoiando-se na estimativa subjetiva a ser feita pelo Administrador. São as *potestades discrecionales*, tidas pelos autores como exigência indeclinável do governo humano, que incluem no processo de aplicação uma valoração subjetiva da própria lei, com a qual se completam os parâmetros da lei para o exercício do poder pelo administrador. Essa valoração subjetiva não é uma atividade extra-legal, que surja de um suposto poder originário da Administração, anterior ou marginal ao Direito; trata-se de uma valoração expressamente decorrente das mesmas normas que configuraram previamente o poder atribuído ao administrador. Reconheça-se nessa doutrina a perspectiva positivista de Hans KELSEN, para quem a discricionariedade é um fenômeno inerente ao próprio processo de concreção e aplicação do Direito.³⁸

Nessa linha os autores lecionam que a discricionariedade não é uma prerrogativa de liberdade da administração em face da norma; ao contrário, “*la discrecionalidad es un caso*

37 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 5. ed. Madrid: Thomson, 2000, p. 461.

38 *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390.

típico de remisión legal”. Esta remissão regula o exercício da discricionariedade ao mesmo tempo que completa o quadro legal por uma via analítica, não normativa e genérica. Tal análise necessária demanda a valoração das circunstâncias particulares de cada caso, sempre que se invocar a aplicação da norma. “*No hay, pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente solo en virtud de la Ley y en la medida que la Ley haya dispuesto*”.³⁹ É importante a ressalva dos autores de que a remissão legal, que enseja a discricionariedade, serve para apenas *completar* o escopo de atuação do administrador, ou seja, a discricionariedade não pode se referir à totalidade dos elementos do ato do administrador, mas apenas a alguns deles. Com isso, o exercício de toda discricionariedade é um *compositum* de elementos legalmente determinados e de outros configurados pela apreciação subjetiva da autoridade que a exerce. Dentre esses elementos figuram a própria existência da discricionariedade, a extensão da conduta requerida do administrador, a competência para perpetrá-la, a finalidade pretendida, o momento e a forma da atuação estatal.

Dentro desta temática da discricionariedade, alertam que a lei usa com muita frequência conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, termos ou expressões sem uma delimitação exata do seu entorno, posto que essencialmente não admitem uma quantificação ou determinação rigorosa. Por se pautarem por pressupostos de experiência ou valor – como é o caso da qualidade em qualquer atividade humana – tais conceitos admitem uma especificação concreta no momento da sua aplicação. Assim, a indeterminação do enunciado da norma não reflete necessariamente uma indeterminação quando de sua aplicação; haverá apenas uma única solução justa para cada caso concreto, que resultará de uma atividade objetiva de cognição da lei e dos fatos, e não de um ato de vontade do operador do direito. A unidade de solução não significa que haja uma única conduta capaz de se qualificar como aquela prescrita pela lei, dentre as várias admissíveis no âmbito do conceito, apenas uma delas há de ser eleita: *tertium non datur*. Esta dinâmica é comum às mais diversas disciplinas do Direito, não sendo privilégio do Direito Público: no Civil, a boa-fé; no Penal, os bons antecedentes; no Comercial, o homem probó; na telefonia, a qualidade, etc. Em todos estes ramos repete-se o processo de aplicação desses conceitos indeterminados. Destaquemos aqui que a equação que apura a solução discricionária apropriada, enquanto resultado de cognição da lei e de fatos, poderá apontar outra solução mais apropriada caso os fatos ou a própria lei sejam alterados. Com isto, no tema da qualidade na telefonia, o parâmetro discricionário para

39 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*, p. 462.

sua medição poderá mudar em função das circunstâncias de fato que cercam a prestação do serviço. Essa conclusão alinha-se, aliás, com a proposta dos especialistas em qualidade, que visitaremos mais à frente.

GARCÍA DE ENTERRÍA apóia-se em WOLFF, BACHOF E STOBBER, para quem os conceitos de valor podem ser apreciados pelo Poder Judiciário sem qualquer limitação; os outros conceitos, mais técnicos, franqueiam uma certa presunção em favor do juízo administrativo, dentro do halo de dúvida que cerca a zona de certeza positiva para aplicação do conceito (*Beurteilungsspielraum*).⁴⁰ Mesmo tal presunção não afasta totalmente, apenas aquebranta, o controle judiciário da decisão, uma vez que sempre poderemos verificar o respeito aos limites impostos à ação estatal e os eventuais excessos ou desvios do administrador. Segundo sua doutrina, o tribunal que anule um ato discricionário não estará impondo o entendimento judicial em substituição ou em detrimento do juízo administrativo, mas apenas constatando que tal ato está em desacordo com as fronteiras impostas pelo conceito indeterminado, empregado pelo legislador, que não corresponde à única solução justa admissível. O tribunal não avança portanto, sobre matéria extra-legal, mas atém-se ao espaço de interpretação e aplicação da lei. A decisão judicial avança até o limite legal que antecede a identificação dos indiferentes jurídicos, sujeitos mais propriamente à decisão do administrador, e não se confunde com indevidos controles políticos da administração por parte do Judiciário.

Importa-nos aqui a lição de GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, que apontaram com clareza a relação entre conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariade. Ao lidar com conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei, o intérprete encontrará apenas uma única solução apropriada para o caso concreto, posto tratar-se de subsunção de fatos a uma categoria legal, num processo regrado de intelecção e de compreensão de uma realidade de fatos sob a luz do sentido pretendido pelo conceito. A discricionariade, por sua vez, oferece ao administrador público a possibilidade de eleger entre alternativas igualmente justas dentro da lei, ou seja, liberdade limitada entre indiferentes jurídicos, porque sua decisão se fundará em elementos extra-jurídicos, não incluídos numa lei que apenas remete ao juízo subjetivo do intérprete estatal, na qual interfere portanto a sua vontade. Resulta dessa diferença, para os juristas de Madri e também para as cortes

40 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*, p. 469.

espanholas, que a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados está plenamente sujeita ao crivo do Poder Judiciário, que poderá sim conferir se a valoração da solução oferecida pelo administrador, ou por qualquer outro intérprete, se amolda à solução que seria justa no caso concreto conforme a lei. Tal entendimento tem evidentes influências da evolução das doutrinas elaboradas por juristas alemães e austríacos, como BERNATIZIK, TEZNER, BÜHLER, e VON LAUN sobre os conceitos jurídicos indeterminados, como será visto logo a seguir.

Da tese de doutoramento de Luis Manuel Fonseca PIRES consta descrição minuciosa da lição doutrinária de Mariano BACIGALUPO.⁴¹ Este jurista espanhol proclama que os conceitos jurídicos indeterminados não apresentam, dentro de sua zona de incerteza, um “parâmetro” de decisão. A zona de incerteza é causada por um vazio semântico ou pela ausência intencional de um significado: nesse espaço o administrador não se limita a interpretar conteúdos semânticos; ele vai além, i.e., aperfeiçoa, integra os requisitos normativos do pressuposto de fato. Nesta lógica a interpretação de um conceito jurídico indeterminado estabelece se um fenômeno está ou não na zona de certeza positiva ou negativa, por meio de operações cognitivas (lógico-dedutivas), ou se está, por exclusão, na zona de incerteza. Neste último caso, acaba a interpretação e começa o processo de aperfeiçoamento do conceito, por meio de operações volitivas. A aplicação de conceitos indeterminados em sua “zona de incerteza” e o exercício da discricionariedade daí decorrentes consistem em uma mesma tarefa de aperfeiçoamento da hipótese factual que está imperfeitamente contida na norma habilitante.⁴²

Da lição dos juristas espanhóis resgatamos, para os objetivos deste trabalho, que a imprecisão ou a incerteza que circunda os conceitos indeterminados, como o da qualidade na prestação do serviço público, requer um processo regrado de inteligência jurídica e de compreensão teleológica de elementos extra-jurídicos. Desse processo resulta a identificação de várias soluções igualmente apropriadas para cumprir com o mandamento legal, sendo apenas uma delas a melhor e portanto aquela que deve ser eleita. Destacamos também que essa inteligência estará fundada em elementos extra-jurídicos, ou seja, advindos da realidade

41 PIRES, Luis Manuel Fonseca. *A competência discricionária administrativa conforme os âmbitos da função administrativa e o seu controle pelo Poder Judiciário*. 350 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

42 BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*.

social e, portanto, mutáveis por excelência. Isso impõe ao Administrador um dever de constante vigilância para, diante de alterações relevantes no mundo dos fatos, poder propor mudanças nas soluções que corretamente tenha definido num dado momento, mas que venham posteriormente a escapar da zona de certeza positiva do conceito em questão. Não existe portanto uma solução discricionária que seja boa *a priori*, antes dos fatos, nem que seja eternamente apropriada. Essa recomendação, oferecida pelos juristas espanhóis, torna-se particularmente importante para o tema dos serviços de telecomunicação lastreados num inegável crescendo de tecnológica, que altera a todo instante as condições da prestação e da competição entre as prestadoras do mesmo serviço e entre vários serviços entre si.⁴³

Na Argentina:

Alinhando-se aos espanhóis GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, Agustín GORDILLO⁴⁴ e Juan Carlos CASSAGNE⁴⁵, doutrinadores da Argentina, igualmente afastam a hipótese segundo a qual os conceitos jurídicos indeterminados dão ensanchas à discricionarietà, muito embora o segundo admita uma “discricionarietà atípica” relacionada a tais conceitos.

Deles diverge Domingo Juan SESIN. Na sua doutrina, a discricionarietà provém tanto de norma expressa quanto de norma “implícita”, ou ainda da “natureza das coisas”.⁴⁶ Apóia-se na teoria da essencialidade, segundo a qual a lei trata apenas dos “aspectos essenciais” de dado assunto, de modo que confere ao administrador poderes para emitir regras gerais de grau secundário e para executar a lei⁴⁷. Associa, desse modo, os conceitos jurídicos indeterminados à discricionarietà, por defender que o preenchimento do sentido desses

⁴³ A esse respeito, vale a lembrança do Plano Geral de Metas de Universalização da telefonia fixa comutada (STFC), editado logo após a privatização da Telebrás (Decreto nº 2.592/98). Nessa norma não se impõe nenhuma meta relacionada à expansão dos acessos à internet, que veio a ser lembrada depois, nos decretos subsequentes (Decretos nº 4.769/03 e 6.424/08). Surge agora uma questão sobre a real necessidade de regras de universalização da telefonia fixa em vista da expansão do acesso à internet em banda larga, por meio do aparelho celular.

⁴⁴ *Tratado de derecho administrativo*. 9. ed., Buenos Aires: FDA, Parte general, cap. X. Disponível em www.gordillo.com/Pdf/1-8/1-8X.pdf. Acesso em 25/06/2009.

⁴⁵ *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004. v. 1, p. 236.

⁴⁶ *Administración Pública: Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004, *passim*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 54 e 140.

conceitos, que dependam da natureza das coisas, competirá ao administrador, i.e., a discricionariedade deriva da indeterminação do fenômeno ou do fato concreto a ser subsumido, e não da norma, embora as duas situações sejam possíveis. Para ele, a legislação confronta a Administração Pública com algumas situações distintas: ora a norma define claramente o interesse público concreto e as medidas a serem adotadas, vinculando a atividade do agente, ora a lei define o interesse público, mas silencia sobre as medidas para a sua realização, hipótese em que surgem porções de discricionariedade. A lei pode também determinar apenas genericamente o interesse público, sem esclarecer igualmente os meios para sua consecução. Por último, pode a lei não determinar nem a finalidade, nem os meios de realização, mas o interesse público genérico dela pode ser deduzido por meio de interpretação jurídica, restando, para o interesse público específico e os meios operativos, a discricionariedade.

Na Alemanha e Áustria:

Afonso Rodrigues QUEIRÓ⁴⁸, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO⁴⁹ e António Francisco de SOUSA⁵⁰ apontam-nos importantes noções sobre o desenvolvimento das teorias a respeito dos conceitos juridicamente indeterminados e da discricionariedade, propostas por juristas germânicos, em meio de um turbilhão de eventos políticos e sociais de grande monta na Europa do fim do século XIX e início do XX. (v.g. unificações italiana e alemã, revolução industrial e revolução russa). Nesse período iniciavam-se discussões a partir do pressuposto da impossibilidade de controle judiciário da discricionariedade no Estado-Polícia, tal como apontaram THON, MAYER e JELLINEK⁵¹. No tempo em que, na Europa, o Estado-Polícia regeu a vida administrativa, o problema do controle da discricionariedade sequer se punha, pois sua administração libertava-se de vinculações de natureza legal e judicial.⁵²

SOUSA esclarece que essa doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados veio da

48 *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra, 1940, p. 181.

49 *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, *passim*; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 23 out. 2009.

50 *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, *passim*.

51 QUEIRÓ, *Op. cit.*, p. 85.

⁵² *befreite sich von rechtsgerichtlichen Bindung*, na expressão original, tantas vezes repetida.

Áustria, no século XIX, e visava apurar se tais conceitos poderiam ser objeto de controle pelas cortes administrativas. Edmund BERNATZIK propôs, sob o conceito de “discricionariedade técnica”, que todas as decisões, mesmo as não propriamente discricionárias, que se vinculassem a uma elevada complexidade das premissas factuais, deveriam ser retiradas do controle judicial, porque “de administração percebem os administradores”⁵³ e não os juízes, que estariam presos, pela Escola da Exegese e pelo Pandectismo, a um processo de interpretação mecanizado e predominantemente literal do direito posto. Afirmava, também, que o administrador agia como um perito, como técnico do interesse público. Friedrich TEZNER apontou que os conceitos jurídicos indeterminados diferem dos determinados em função do grau de insegurança da palavra, e, não, de uma qualidade intrínseca. DI PIETRO entende que, para TEZNER, todos os conceitos contidos na lei são jurídicos, mesmo quando pautados por dados da experiência ou de outras ciências: daí que sua interpretação será sempre jurídica e seu controle judicial só não existirá quando não se cuidar de um direito individual. Na sua visão, o controle judicial da discricionariedade assenta-se na cogitação de direitos individuais; se não os houver, também não haverá o controle porque ali imperará a discricionariedade. Entende o jurista austríaco que essa “discricionariedade técnica” varia de país para país e que pode permanecer obscura mesmo dentro de um mesmo país. SOUSA esclarece esse aspecto da doutrina:

Para uns, trata-se (a discricionariedade técnica) de um poder livre, para outros de um poder vinculado mas que não é suscetível de ser controlado pelos tribunais administrativos, para outros, de um poder vinculado que deve ser, ainda que não integralmente, controlado judicialmente, para outros, sua natureza varia de caso para caso.⁵⁴

Na mesma senda prossegue Ottmar BÜHLER, que distingue *normas protetoras de direitos individuais e normas protetoras do interesse público*⁵⁵. Aquelas são vinculantes e não permitem juízos de conveniência e oportunidade pelo administrador, nos quais os conceitos jurídicos indeterminados ficam sujeitos somente à interpretação e, conseqüentemente, ao controle judicial. Nestas últimas normas incide a discricionariedade. Ernst FORSTHOFF por sua vez entendia que todo conceito de valor enseja o uso de discricionariedade, ao passo que são vinculados os conceitos empíricos. Na mesma linha de TEZNER e BÜHLER, esse publicista valoriza os direitos individuais que, combinados com a subordinação da

53 *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, p. 105-106.

54 *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, p. 4.

55 *Idem*. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.69.

administração à legalidade, afastam aquelas intervenções na liberdade e na propriedade que não estejam admitidas na Constituição e nas leis. SOUSA e QUEIRÓ apontam, na teoria de Rudolf VON LAUN, que a indeterminação dos conceitos legais permite o exercício de “discricionariedade vinculada”, ou seja, exercida dentro de espaço livre mas sempre subordinada à vontade da lei, que oferece limites internos (competência, forma e pressupostos), e limites externos, que se referem à escolha do fim imediato a perseguir, conforme o interesse público.⁵⁶ DI PIETRO reconhece em VON LAUN a influência de JELLINEK, Otto MAYER e Fritz FLEINER, daí sustentar ele haver discricionariedade propriamente dita somente quando a lei conferir ao administrador a faculdade de eleger o fim imediato a atingir; fora essa situação, não há propriamente discricionariedade.⁵⁷ QUEIRÓ aponta uma evolução na doutrina de VON LAUN que passou a pressupor a repartição de poderes e a superioridade do Legislativo, em consonância com as idéias, respectivamente, de MONTESQUIEU e ROUSSEAU, anotando que no Estado-Polícia o poder discricionário é ilimitado e sequer passível de tratamento científico.⁵⁸ DI PIETRO anota que a idéia de discricionariedade técnica sobreviveu por pouco tempo em seus países de origem.

Mais recentemente, na doutrina de Otto BACHOF, exposta por Hartmut MAURER, de meados do século XX, os conceitos indeterminados concedem ao administrador um “espaço de apreciação”, cujas conclusões podem ser limitadamente revisadas pelo Judiciário. MAURER também expôs a doutrina de Carl Hermann ULE, que criou a “tese da sustentabilidade”, uma terceira zona de relativa vinculação e relativa liberdade, situada entre a plena vinculação e a discricionariedade. Ali os conceitos jurídicos indeterminados comportam uma série de decisões sustentáveis, dentro de um quadro de “sustentabilidade” que estará em conformidade com o Direito.⁵⁹

Os tribunais administrativos alemães acabaram por consagrar a tese de que o emprego de conceitos indeterminados constitui mera questão de interpretação, passível portanto, de controle pelo Poder Judiciário, cabendo ao administrador a identificação da única

56 SOUSA, António Francisco de. Os conceitos legais indeterminados no direito administrativo alemão. *Revista de Direito Administrativo*, n. 166, *passim*; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*, p. 55.

57 *Direito administrativo*, p. 103.

58 *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*, nota n. 5, p. 42.

59 *Apud* TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Eletrônica de Direito de Estado*. n. 15 jul/ago/set 2008. <http://www.direitodoestado.com/revista/>

solução correta.⁶⁰ Segundo Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, o grande mérito das doutrinas germânicas reside no fato de terem levado até as últimas conseqüências a distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.⁶¹

Na Itália:

O italiano Renato ALESSI tratou da discricionariedade por outras vias, que não se pautam por conceitos jurídicos indeterminados. Chama de poder discricionário a faculdade de decidir do administrador sobre a conveniência de agir ou não, decorrente da possibilidade de avaliar as condições prescritas para seu exercício, tendo em conta a avaliação da oportunidade da ação, a intensidade ou a significância do fato ensejador dessa ação e a natureza do interesse público a satisfazer. Destaca-se, na sua teoria, o abandono de qualquer classificação de conceitos indeterminados de fundo empírico-matemático ou de valor, como elementos da discricionariedade, como fizera QUEIRÓ, anteriormente visitado. Esse poder encontra limites formais e substanciais. Os primeiros referem-se às normas de competência para o exercício da autoridade, bem como às formas e às formalidades para o desenvolvimento da atividade discricionária. Como limite substancial o autor italiano aponta como requisito a presença, ainda que imprecisa, de um grau mínimo de interesse público cuja concretização exija desenvolver a discricionariedade.⁶² É o caso da telefonia brasileira, guindada à condição constitucional de serviço público, ou seja, um interesse público dos mais acentuados.

Assim, haverá casos em que a apreciação do interesse público exigirá critérios ora puramente administrativos, quando se aplica então a discricionariedade administrativa propriamente dita, ora critérios puramente técnicos, ora a combinação de ambos os critérios. Nestes dois últimos casos não há discricionariedade propriamente dita, visto que o administrador não tem liberdade para apreciar a oportunidade e a conveniência do seu ato, uma vez que se vincula a uma apreciação técnica feita por um experto. A respeito dessa doutrina, BANDEIRA DE MELLO aponta que a atividade administrativa se subordina à legislativa tanto em sentido negativo, com proibições acerca de atividades, finalidades, meios

[REDE-15-JULHO-2008-RITA%20TOURINHO.PDF](#), acesso em 26/06/2009.

60 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, p. 4.

61 *Apud* TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Eletrônica de Direito de Estado*, p. 2.

62 *Instituciones de Derecho Administrativo*, *passim*.

e formas, quanto em sentido positivo, para impor-lhe tão somente o que a lei consente.⁶³ O tema da discricionariedade técnica logo mais será investigado apartadamente.

Outro peninsular, Massimo Severo GIANNINI, conforme Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, recusa a idéia de que poder discricionário seja o exercício de um “juízo de oportunidade” acerca da escolha entre várias soluções possíveis.⁶⁴ Trata-se mais da escolha da autoridade administrativa para melhor atender ao interesse público de sua competência. O critério é portanto *finalístico*, submetendo-se o poder discricionário a uma tarefa de ponderar os muitos interesses secundários derivados da norma e do ordenamento, em relação a um interesse primário proposto na própria norma.

Na França:

Caminho diferenciado vem trilhando a doutrina francesa, conforme relata Fernando SAINZ MORENO⁶⁵: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados se desenvolve por meio do controle dos *atos*, sem propriamente uma teoria embasada nesses conceitos. O Conselho de Estado, tribunal administrativo que antes se negava a julgar casos pautados em noções vagas ou indeterminadas, que ficavam submetidas ao alvedrio do administrador, começou a mudar sua jurisprudência com o casos Gomel, de 1914, e Camino, de 1916. A partir desses arestos a Corte passou a admitir paulatinamente a competência para julgar tais questões, exercendo três tipos de controle: o *mínimo*, sobre a mera existência dos fatos (caso Camino, fatos ensejadores de perda de cargo por servidor); o *normal*, sobre qualificação jurídica dos fatos (*perspectiva monumental* da praça Beauvau, no caso Gomel); e o *máximo*, sobre a relação de adequação entre uma decisão e os fatos, quando de restrições de liberdades e de circunstâncias excepcionais que permitem à Administração se afastar do princípio da legalidade.

Em todos esses controles, incide a teoria do erro manifesto, como válvula de escape contra o arbítrio, para permitir a apreciação judicial em casos de erro “que salta aos olhos sem

63 *Curso de direito administrativo*, p. 300.

64 *Apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. In: DINIZ, Maria Helena (coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 123.

65 *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madri: Civitas, 1976.

necessidade de um perito na matéria”.⁶⁶ Esse controle dos fatos dá-se sempre sob a ótica da lei, como anotou Michel STASSINOPOULOS: no Estado de direito o administrador está obrigado a agir *secundum legem* e concomitantemente impedido de agir *contra legem* ou *extra legem*.⁶⁷

Nos Estados Unidos:

As construções doutrinárias norte-americanas, a respeito da discricionariedade administrativa, merecem atenção em qualquer estudo brasileiro nessa matéria, em vista da inegável influência que exerceram sobre o legislador pátrio, bem como da profusão doutrinária local que lhe dá suporte na aplicação no ordenamento brasileiro. Nas telecomunicações essa influência é marcante e se verá refletida em todo o processo decisório do Administrador brasileiro, inclusive no tema da qualidade dos serviços.

Antes de adentrarmos nas concepções do direito norte-americano, fundado nas tradições anglo-saxônicas, devemos desde já esclarecer importantes diferenças em relação às instituições brasileiras, fortemente influenciadas pela lógica do sistema jurídico romano-germânico. Para além de diferenças históricas e estruturais, cuja exploração demandaria um trabalho extenso, que não cabe aqui desenvolver, limitamo-nos a destacar os aspectos que mais importam para nossa discussão.

Nos Estados Unidos, prevalecem as origens jurisprudenciais das construções doutrinárias. Deslinda-se essa relevância do Poder Judiciário no direito americano em vista da imposição, pela jurisprudência da sua Suprema Corte - e não pelo direito positivado - de princípios como o da motivação, do devido processo legal substantivo, da razoabilidade, o da racionalidade das decisões diante dos fatos. São construções jurisprudenciais que conduzem o Judiciário no exame da validade dos regulamentos em cotejo com os parâmetros, *standards*, princípios e diretrizes, contidos na lei (*contingented delegatio, inteligible principle*,

66 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, p. 7; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 24, p. 61-115, dez./mar. 1998/1999.

67 BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 300.

meaningful standards)⁶⁸. Da importação desse modelo alienígena de regulação e regulamentação, introduziu-se também, em algumas esferas da Administração Pública brasileira, a exigência de participação popular no processo de elaboração das normas: surgem daí as audiências e consultas públicas, mesmo que esses órgãos não estejam submetidos a um arcabouço legal assemelhado ao modelo de agências.⁶⁹

Também por lá não existe preocupação com a sistematização do direito e não há, portanto, um corpo normativo organicamente estruturado.⁷⁰ Além disso, a jurisprudência da Suprema Corte reconheceu os que “os fundadores nunca tiveram a intenção de criar um governo baseado numa rígida separação de poderes, e sim num governo com base em instituições separadas em um verdadeiro condomínio de poderes”.⁷¹ A falta de uma lista detalhada ou taxativa de poderes do presidente da república, fenômeno essencialmente oposto do que encontramos nas competências brasileiras, propiciou o desenvolvimento de teorias próprias sobre a edição de normas pela Administração, mais flexíveis, forjadas pelos intérpretes do sistema, sobretudo na Corte Suprema norte-americana.⁷² Na avaliação de Marcelo FIGUEIREDO, o crescimento das agências reguladoras, capazes de editar normas que inovam o ordenamento norte-americano, deve-se a

- 1) a idéia de que o Parlamento não detém o monopólio da atividade legislativa; 2) a forte industrialização e com ela o fortalecimento do Poder Executivo inclusive e especialmente na adoção de medidas legislativas (normativas) de cunho geral (*law making power*); 3) a outorga de poderes às

68 MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros da discussão. IN: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, páginas inicial-final do capítulo, p.121-122.

69 Pelo menos na experiência da ANATEL, esse procedimento de consulta popular parece ser mais uma etapa burocrática do procedimento, e muito menos uma oportunidade para enriquecimento do debate para aprimoramento da norma. Depreendemos da comparação entre os textos submetidos ao crivo público e o seu conteúdo aprovado, é que bem pouca coisa se altera, numa demonstração de que a decisão administrativa já estava previamente tomada em quase todos os seus contornos, e que apenas prosperam as críticas por pequenos ajustes sugeridos na manifestação popular. Em termos de legitimidade democrática da norma resultante, devemos reconhecer que muito raramente contribuem nesses processos todos os grupos de pessoas interessadas. Majoritariamente participam os próprios prestadores dos serviços que serão objeto da regulamentação; ausentam-se dessas consultas públicas segmentos importantes da sociedade, e até mesmo órgãos públicos que detêm competências concorrentes sobre a matéria.

70 FIGUEIREDO, Marcelo. *Agências Reguladoras: O estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*, p. 157.

71 *Ibidem*, p.159.

72 *Ibidem*, p.161.

agências (*regulatory authority*), com limites ou *standards* estabelecidos.⁷³

Assim, prevalece a idéia de que os regulamentos têm a mesma força de lei e de que o Poder Judiciário detém uma função criadora e sua jurisprudência constitui fonte de direito, e não apenas referencial de interpretação.

Três teorias se desenvolveram para fundamentar a transferência do poder normativo do legislador original às agências reguladoras, no intuito de descaracterizar violação da representatividade e da responsabilidade do parlamento para essa função. Uma dessas teorias, *transmission belt model* (teoria da transmissão democrática) aceita essa delegação pelo fato de que o próprio legislador, dentro de sua competência constitucional, edita lei que cria o órgão regulador e lhe define as balizas de atuação. Outra teoria, *expertise model* (teoria dos burocratas técnicos), fundamenta a validade da delegação no fato de que o Congresso não teria condições de regular determinadas matérias, que seriam mais bem cuidadas pelas mãos de técnicos especializados em agências reguladoras. Também se defende o *procedural model* (teoria do procedimento), que legitima a delegação feita às agências por conta da possibilidade franqueada aos interessados de participar do processo de tomada de decisões, suprimindo o déficit democrático na atuação da Agência.⁷⁴

Nesse panorama norte-americano, onde se inserem as *Agencies*, conforme ressalta DI PIETRO⁷⁵, ganha novo impulso a tese da discricionariedade técnica, que será tratada a seguir, apesar da sua curta sobrevivência na Europa, em virtude da necessidade de uma doutrina que fundamentasse a delegação da função legislativa às agências reguladoras dentro de um cenário de adoção da separação dos poderes. Numa cultura tão ciosa da separação das funções do Estado e da igualdade perante a lei, a ponto de negar por longo tempo até mesmo a existência de um ramo do direito dedicado às atividades da administração pública, as agências exercem funções consideradas como “quase legislativa” e “quase judicial”⁷⁶, dentro de moldes

73 *Ibidem*, p.167.

74 MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros da discussão. IN: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*, p.122.

75 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*; *Idem. Administração pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, *passim*.

76 MENDES, Conrado Hübner, op. cit., p.121. A *appellate review theory*, que fundamenta a possibilidade de dirimir conflitos por uma agência reguladora, pressupõe a igualdade das partes no procedimento e a possibilidade de controle judicial posterior.

legais que definem suas atribuições, procedimentos de decisão e adoção de normas.

Por meio da técnica legislativa dos *standards* ou padrões, a lei limita-se a definir parâmetros, diretrizes, princípios, conceitos indeterminados, deixando à agência a função de editar normas reguladoras, que devem se conformar a tais *standards*. Adotam-se como premissas desse modelo de agência (i) a especialização, (ii) a neutralidade, e (iii) a discricionariedade técnica. A especialização remete a *experts* na matéria, cujos detalhes o Estado não terá condições de bem tutelar, por conta da multiplicidade e da magnitude dos seus desafios.

Daí delegar a uma agência especializada uma parcela de duas funções do Estado, que originariamente competem a outros órgãos. A premissa de neutralidade decorre da crença de que a desvinculação dos dirigentes das agências em relação à autoridade do presidente da república, em função da sua estabilidade funcional, propiciaria uma independência técnica, imune às influências políticas nocivas. Ali, as decisões que envolvem aspectos técnicos, de competência normativa das agências, ou seja, de discricionariedade técnica devidamente secundada pela aplicação dos princípios da motivação, racionalidade, proporcionalidade e razoabilidade, são imunes ao controle judicial. Excetuam-se as decisões (*adjudication*) e até mesmo as normas reguladoras (*regulation*) tidas como arbitrárias, caprichosas, ou ditadas pelo exercício abusivo da discricionariedade, conforme a seção 706 da Lei de Procedimento Administrativo, de 1946. Como aponta DI PIETRO, trata-se de uma solução análoga ao controle do erro manifesto, adotado pelo Conselho de Estado na França. Rosa COMELLA DORDA revela que o controle judicial norte-americano ampliou-se em vista do abandono da separação estanque entre questões de fato, cuja apreciação competia apenas ao órgão regulador e questões de direito, ao controle judicial. As questões mistas, em que surgem conceitos jurídicos indeterminados e questões de fato, facultam o exame da subsunção em função de critérios de racionalidade da decisão.⁷⁷

No tema da telefonia brasileira, esse conjunto de conceitos ofertados pela experiência norte-americana merece especial atenção, pois a Lei Geral de Telecomunicações encampa em larga medida este modelo, com uma agência reguladora independente, mais técnica e supostamente apartada de influências político-partidárias. As peculiaridades dessa lei, que não

77 Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*

são objeto deste trabalho, serão vistas *en passant* na exposição do debate entre duas correntes doutrinárias brasileiras sobre os limites do poder discricionário para editar normas.

A discricionariedade técnica

Paralelamente ao estudo da discricionariedade administrativa, cumpre-nos lançar luzes sobre um instituto que dela teria derivado, que muitos doutrinadores denominam “discricionariedade técnica”, expressão utilizada pela primeira vez por Edmund BERNATZIK⁷⁸. É bastante comum a confusão entre as discricionariedades administrativa e técnica. Do alto de sua autoridade, Renato ALESSI⁷⁹ sentencia que a técnica nada tem de discricionariedade, sendo apenas vinculação. Com ele estão opiniões consistentes.

Eva Desdentado DAROCA esclarece o desenvolvimento do conceito, nascido na Escola de Viena e desenvolvido na Itália a partir do início do século XX para solucionar questões que envolvem a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, como alhures já adiantamos.⁸⁰ No esclarecimento oferecido pela jurista espanhola, Federico CAMMEO entende a discricionariedade administrativa propriamente dita como liberdade de decisão e capacidade de criação, enquanto a discricionariedade técnica impõe que o administrador proceda de acordo com critérios técnico-administrativos e um juízo de oportunidade acerca do interesse público. Para ele, os “fatos simples” relacionam-se com a atividade regrada, enquanto “fatos complexos” previstos em “norma imprecisa” reclamam a discricionariedade técnica. Subsiste, portanto, margem de apreciação subjetiva para concretização dos conceitos indeterminados, à semelhança da doutrina de Enrico PRESUTTI. O conceito fica reduzido a uma “discricionariedade de menor amplitude”. Para Massimo Severo GIANNINI, a discricionariedade técnica não advém da apreciação de qualquer tipo de conceito jurídico indeterminado, mas apenas daqueles conceitos cuja valoração requer critérios técnicos, que fogem da experiência comum. A discricionariedade técnica consiste numa aplicação

Econômico, p. 9-11.

78 SOUSA, António Francisco de. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, p. 105.

79 *Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1974, v. I, p. 244.

80 *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*. Madri: Civitas, 1997, *passim*; SESIN, Domingo Juan. *Administración pública: Actividad reglada, discrecional y técnica*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 166.

diferenciada dos conceitos indeterminados pela necessidade de empregar critérios técnicos.⁸¹

Eva DAROCA propõe a discricionarietà técnica sob outros contornos. Constitui-se discricionarietà técnica a busca pelo administrador de soluções para problemas práticos, por meio de apreciação técnica na qual se aplicam conceitos jurídicos indeterminados apoiados em conhecimentos especializados ou em experiência técnica. Nesta apreciação de discricionarietà técnica, como sua principal característica, afasta-se a preferência do administrador, que se prenderá a critérios de natureza científica, qualificando-a como uma atividade objetiva.

Em três tipos de atividades esses critérios técnicos importam para o administrador. Numa, a norma faculta a escolha do modo de buscar a realização do interesse público e, para fazê-lo, o administrador necessita de suporte técnico para optar entre alternativas de ação igualmente eficazes (*discricionarietà técnico-administrativa*). Noutra, a discricionarietà técnica incidirá quando as bases científicas, o estado da arte, ainda sejam insuficientes para indicar a melhor solução ou quando a atividade envolver prognósticos. Numa terceira, os critérios técnicos relacionados não são capazes de esgotar as dificuldades para indicar a solução correta, em vista do interesse público em tela (*discricionarietà instrumental jurídico-técnica*). Nas duas primeiras hipóteses, de “discricionarietà forte”, incidirá o controle judicial apenas para verificar se os limites do ordenamento jurídico foram observados (controle negativo). Na terceira hipótese o Poder Judiciário, que não possui os conhecimentos técnicos necessários, poderá apoiar-se em prova pericial, cujo resultado será avaliado segundo as regras comuns a qualquer interpretação da atividade jurisdicional. A autora faz uma ressalva importante sobre essa discricionarietà instrumental jurídico-técnica: os critérios técnicos, uma vez que passem a integrar o ordenamento jurídico, tornam-se parâmetros de legalidade e, portanto, sujeitos ao pleno controle judicial.⁸²

Esse tema da discricionarietà técnica quererá ressurgir nesse trabalho quando, logo mais, investigarmos as metas de qualidade relacionadas à área geográfica de cobertura e ao congestionamento das redes de prestação do serviço de telefonia móvel. Os elementos técnicos que permeiam as definições dos modos de sua aferição são tão marcantes que a sua

81 DAROCA, Eva Desdentado, op. cit., p. 36.

82 *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudência, passim.*

eventual desconsideração, ou substituição por outro critério não técnico, significaria comprometer a própria utilidade dos correspondentes índices.

Outro doutrinador espanhol, Miguel SÁNCHEZ MORÓN, admite a discricionariedade técnica nos casos em que o administrador toma sua decisão com fundamento em apreciações de natureza exclusivamente técnica, profissional ou científica. O controle judicial incidirá sempre que essa questão técnica não se combinar com uma “discricionariedade política” ou uma “discricionariedade de planejamento”, essas imunes à intervenção do Judiciário.⁸³

Agustín GORDILLO, na Argentina, nega a “discricionariedade técnica”, pois a violação de regras técnicas não constitui discricionariedade.⁸⁴ Na mesma linha argumenta Juan Carlos CASSAGNE⁸⁵. Domingos Juan SESIN agrega-lhes que o juiz deve examinar a realidade material dos fatos conforme pautas técnicas razoáveis, o que permite um controle judicial, admitindo-lhe uma menor intensidade quando incidirem ponderações de interesse público, nas quais há discricionariedade.⁸⁶ Manuel Maria DIEZ entende que a necessidade de utilizar critérios técnicos impõe verificar se a “questão técnica” (v.g. uma ameaça de desabamento) está absorvida pela “questão administrativa” (demolir ou não em vista do perigo que pode representar), ou seja, quando aquela é um pressuposto desta. Quando o “critério técnico” não está absorvido pelo “critério administrativo”, ou seja, quando não há espaço para liberdade de apreciação do interesse público (constatação de um fato por meio de aparelho de medição, para aplicação de sanção definida em norma), sendo errado na sua avaliação falar-se em “discricionariedade meramente técnica”.⁸⁷

César PEREIRA identifica, em seu entender, cinco fenômenos distintos relacionados ao regime da “discricionariedade técnica”. Em duas delas recusa a existência desse instituto, quais sejam, (i) na atividade do administrador de examinar temas técnicos para preencher um conceito técnico mencionado na lei, e (ii) nas escolhas do administrador relacionadas com áreas especializadas do conhecimento, porque, nessas hipóteses, tais avaliações técnicas são

83 *Derecho administrativo*: Parte general. Madrid: Tecnos, 2005, p. 92.

84 *Tratado de derecho administrativo*: Parte general. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998, p. 23.

85 *Derecho administrativo*, p. 237-238.

86 *Administración Pública*: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial, *passim*.

87 *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Omeba, 1971, p. 136-140.

absolutamente controláveis pelo Judiciário. Uma terceira situação reflete as escolhas baseadas em apreciações técnicas, ou seja, naquelas em que, primeiro, se forma um juízo técnico e, depois, um juízo administrativo discricionário que apenas adota esse juízo técnico como premissa.⁸⁸ Outra ainda, tal como já apontado na doutrina da espanhola DAROCA, refere-se às escolhas do administrador com base em conhecimento científico ainda incerto, em razão ou do estágio de desenvolvimento da respectiva ciência ou da adoção de juízos de prognose.⁸⁹ Na última hipótese, trata-se da condução de processos administrativos, onde também se refuta qualquer discricionariedade porque incide aí a obrigação do devido processo legal, ou seja, não há liberdade na sua condução, na produção de provas, na oportunidade de defesa, etc. Conclui daí que a expressão “discricionariedade técnica” deve ser abandonada, pois existem apenas situações em que cabem ou “apreciações técnicas”, que vinculam a administração, ou pura discricionariedade administrativa.⁹⁰

88 Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*, p. 254-256.

⁸⁹ Esse juízo de prognose aplica-se em vários casos na telefonia, indo desde a escolha de tecnologias, como foi o caso no serviço móvel pessoal (como o AMPS, o GSM, o UMTS) até a definição de metas de universalização para atendimento de necessidades futuras e incertas da população, como já mencionamos.

90 PEREIRA, César A. Guimarães, Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*. n. 231, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 261. Na recomendação de abandonar o termo de discricionariedade técnica este autor é antecedido por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que considera haver, na atividade administrativa, elementos técnicos, uns de “natureza flexível” e outros de “caráter rígido”, facultando os primeiros a discricionariedade administrativa, vinculando os segundos (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 2 v., p. 488.). Régis Fernandes de Oliveira igualmente recusa a existência de discricionariedade técnica, por entender que o elemento técnico é pressuposto da competência discricionária. (OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 88-89).

6 - Apreciação sobre a discricionariedade administrativa

Identificamos até aqui que a linguagem jurídica contém imprecisões e vagueza, apresentando conceitos indeterminados, em si mesmos incertos, que palavra não terá o dom de esclarecer. Três grandes linhas doutrinárias parecem delinear-se no entendimento da discricionariedade, em razão da imprecisão linguística.⁹¹ Uma considera que os conceitos jurídicos indeterminados não facultam qualquer discricionariedade ao agente público, que deve encontrar a única solução válida por meio de interpretação. Outra corrente entende que tais conceitos indeterminados são a matriz de toda a discricionariedade. Uma corrente intermediária, à qual devotamos nossa preferência, defende que a indefinição dos conceitos no texto da lei pode, mas não necessariamente deve, facultar a discricionariedade, tendo em vista as circunstâncias de fato, os princípios e valores do ordenamento, as zonas de certeza positiva e negativa dos conceitos, as regras de interpretação, que acabam por reduzir praticamente o âmbito dessa liberdade de decisão do administrador na busca do interesse público.

Descartamos por duas razões a discricionariedade originada unicamente dos próprios fatos ou apenas da natureza das coisas, sem respaldo de norma jurídica que os qualifique com maior ou menor imprecisão. A primeira, por ofensa, sobretudo, aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, dentre os outros já mencionados. A segunda razão, agregamos, remete-nos à Lei Plenipotenciária (*Ermächtigungsgesetz*, de 23 de março de 1933)⁹², que cedeu ao governo da Alemanha, no alvorecer do nazismo, o direito de editar leis que divergissem da constituição, desde que não tivessem por objeto a organização do parlamento. Com essa norma, discricionariamente e baseando-se apenas na natureza da pessoa, o governo do Reich interpretava quem podia ou não ser titular de direitos. Não se alteravam os direitos constitucionais, mas se punham condições administrativamente discricionárias para deles ser titular: com essa norma estava plantada a semente jurídica dos campos de trabalho forçado,

91 Anote-se o entendimento divergente de Luis Manuel Fonseca Pires (*Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006., item 2.2): “o conceito jurídico indeterminado não enseja discricionariedade; o que reclama é a interpretação”.

92 “§2. *Die von der Reichsregierung beschlossenen Reichsgesetze können von der Reichsverfassung abweichen, soweit sie nicht die Einrichtung des Reichstags und des Reichsrats als solche zum Gegenstand haben*”. As leis editadas pelo governo do Reich podem divergir da constituição do Reich, desde que não tenham por objeto a organização do congresso e do senado.

depois de concentração e, por último, de extermínio. Revela-se aqui “o cavalo de Tróia do Estado de Direito”, na expressão de Hans Huber, que as consciências sãs recomendam evitar.⁹³

Vale destacar que nenhuma das doutrinas sobre discricionariedade entreviu que o administrador teria liberdade para escolher a maneira pela qual se manifestará. Esse *modus* integra essencialmente o regime jurídico da respectiva função do Estado. Por obediência ao princípio do devido processo legal e da legalidade, sob qualquer das doutrinas expostas, será inescapável reconhecer que os ritos e formas a observar para edição de “normas” por órgãos “oficiais competentes”, em qualquer função do Estado, submetem-se à vinculação plena, sem qualquer espaço para liberdades discricionárias.

Não é objetivo aqui eleger uma ou criticar qualquer das doutrinas sobre a discricionariedade, mesmo que sejam excludentes entre si, excetuada apenas a da “discricionariedade técnica”, pelos motivos que explicamos a seguir. Avançaremos neste trabalho com todas elas, considerando suas perspectivas sobre o tema da discricionariedade administrativa, empregada na definição de metas e métricas de qualidade aplicáveis aos serviços de telefonia.

De nossa parte, refutamos a “discricionariedade técnica” em todos os aspectos em que pretenda reservar alguma exclusividade da decisão para o Administrador, com descarte de qualquer possibilidade da revisão pelo Poder Judiciário. Fundamentamos nossa posição, primeiramente, em vista de disposição expressa da Carta Federal que prescreve a inafastabilidade do Poder Judiciário, assegurando sem ressalvas que nem a lei – nem mesmo a lei que concede o poder ao administrador - excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art.5, XXXV). Mesmo que essa premissa do estado democrático brasileiro desagrade algum administrador, nenhum juiz terá como fundamentar uma decisão sobre dada lide, no extremo sem lhe julgar o mérito, pelo simples fato de que a matéria lhe escape da competência, por ser essa exclusiva da administração. Num cenário ainda mais absurdo, decidiria o juiz contrariamente ao seu convencimento por força da uma subordinação do Poder Judiciário aos ditamos do administrador? Tal subordinação não existe no direito brasileiro. Essas duas decisões judiciais subordinadas à discricionariedade técnica seriam não

93 *Apud* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*.

apenas inconstitucionais, como também feririam, uma, o art. 267 do Código de Processo Civil, que não prescreve a inexistência total e absoluta de competência do juiz como fundamento para terminar o processo sem decisão de mérito ou, a outra, o art. 269, que reclama a integral avaliação – pelo juiz e não pelo administrador – do mérito submetido pelos litigantes.

Feita esta exposição de algumas doutrinas sobre a discricionariedade, devemos investigar agora as questões envolvidas no ato administrativo que define e impõe, por meio de normas gerais e abstratas, exigências aplicáveis aos serviços de telecomunicação, com foco na telefonia fixa e móvel. Depois, lançar-nos-emos à questão de fundo, a qualidade, em especial na telefonia fixa e móvel, e depois as suas metas e os modos de aferi-las.

7 - A competência para a discricionariedade

Das breves pinceladas sobre a discricionariedade dentro da função administrativa do Estado, e sobre os princípios constitucionais que a iluminam, percebemos na História que o poder e o seu exercício deixaram paulatinamente de existir *per si*, para se tornarem uma decorrência de atribuição feita pelo sistema jurídico, de uma competência atribuída pela lei, ou, como bem assinala Rui Cirne LIMA, como “medida do poder que a ordem jurídica assinala a uma determinada pessoa”.⁹⁴ Por outras palavras, Caio TÁCITO, ao descrever os elementos essenciais da competência, assinala a necessidade de constituição de um poder a ser exercido e a identificação da pessoa encarregada de fazê-lo, de modo que “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito”.⁹⁵ Surge daí que a atribuição de competência pela lei se torna um requisito necessário, vinculante, cuja ausência retira a legalidade do ato administrativo.

Cabe aqui então a advertência terminológica de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ sobre o aparente equívoco na expressão “poder discricionário” como sinônimo de discricionariedade administrativa.⁹⁶ Se é “poder”, então já é “discricionário”. Por outra via, chega-se à mesma conclusão: se, deonticamente, um sujeito de direito “pode algo” discricionariamente, então pode também o “não-algo”. Se, entretanto, tal agente não puder o “não-algo”, porque a lei o impede ou lhe determina fazer exatamente o contrário, então está na verdade obrigado a “algo”, ou seja, o modal lógico é outro: *dever*, e, não, *poder*. E se “algo” for o atendimento do interesse público, que o sistema jurídico impõe e não apenas faculta, tem-se claramente que o poder discricionário do agente público exclui a possibilidade de desatendê-lo, ou seja, trata-se de uma obrigação de discricionariedade.

Também à guisa de precisão terminológica, lembramo-nos de que o ato administrativo discricionário será sempre o resultado do exercício da discricionariedade. Esse poder não está ontologicamente no ato em si, nem é dele qualidade. Não é o ato que será o discricionário, muito embora seja nele ou na sua omissão que a discricionariedade se

⁹⁴ *Princípios de direito administrativo*. Porto Alegre: Sulina, 1964, p. 139.

⁹⁵ *O abuso do poder administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Departamento Administrativo do Serviço Público – Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959, pág. 27.

manifestará por decisão do administrador.⁹⁷

Preferimos neste trabalho as doutrinas que encontram as causas da discricionariedade nos conceitos indeterminados da lei, os quais podem, mas, não necessariamente, facultam a aplicação do instituto, em função das circunstâncias do caso concreto, dos princípios e valores do ordenamento, das respectivas zonas de certeza positiva e negativa, apuradas conforme as regras de exegese. Mesmo que da fluidez da norma decorra para o agente público uma missão de escolher uma solução, portanto um exercício de poder de escolha, parece-nos mais acertada a expressão “dever discricionário”, visto que tal poder-dever se circunscreve na busca da melhor maneira de concretizar a utilidade pública axiologicamente prescrita pelo direito como um todo, dentro da zona de incerteza do conceito indeterminado contido na norma interpretada, em vista dos elementos de fato do caso concreto. Não se trata pois de um poder puro, que facultaria não o usar, mas sim de uma faculdade que deve inescapavelmente ser usada, daí porque um dever.

Tratamos de um dever que encerra um grau de liberdade certo, conforme defendem vários doutrinadores acima colacionados: um dever de usar a liberdade para atender ao interesse público prescrito na lei, i.e., uma liberdade apenas para cumprir a lei. “Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total”.⁹⁸ DI PIETRO bem sintetiza as causas dessa limitação imposta ao administrador público:

quando o sistema jurídico adota princípios como os do interesse público, da razoabilidade, da proporcionalidade entre meios e fins, da moralidade, da boa-fé, da dignidade do ser humano, entre tantos outros, a consequência inevitável é que a discricionariedade sofre limitações decorrentes da aplicação desses princípios.⁹⁹

A competência não se exerce em benefício subjetivo do agente público, cuja vontade poderia lhe facultar tal escolha, mas sim em favor da satisfação das finalidades legais e do interesse público. Tais atribuições de competência serão portanto sempre vinculadas porque

96 FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. 4. ed. Madri: Civitas, 2002, p. 27.

97 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 927.

98 *Ibidem*, p. 370.

99 Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, p. 3.

não facultam a seus destinatários, os administradores, a opção de realizar ou não o interesse público previsto especificamente na própria norma ou no sistema jurídico. Acerca dessa expressão “interesse público”, anotamos a lição de Marçal JUSTEN FILHO, que identifica uma indevida simplificação ao resumir-se que o aplicador da norma está sempre vinculado à realização do interesse público. Todos aqueles que têm o dever de dispor das competências públicas para satisfazer aos fins que regem o interesse público, têm também a atribuição de realizar uma ponderação desses fins:

[...] é inevitável reconhecer que, na maior parte dos casos, o exercente de atividade administrativa é encarregado de realizar uma escolha quanto ao modo de organização dos diferentes ‘fins de interesse público’. [...] É relevante colocar em destaque a ocorrência de discricionariedade quanto aos fins para propiciar seu controle e evitar que a invocação genérica do ‘interesse público’ constitua a forma pela qual escolhas inadequadas sejam adotadas e se tornem imunes ao controle.¹⁰⁰

A atribuição de deveres e a responsabilidade por usá-los como instrumental para a busca e o atendimento do interesse da coletividade vinculam, na forma prevista na lei. O modo e o momento de cumprir estes encargos, entre outros aspectos, podem ensejar a discricionariedade administrativa, como lecionam as doutrinas já expostas. Em outras palavras, será sempre vinculante a manifestação da lei que impõe uma atribuição a determinado sujeito, ou seja, a definição da competência que instrumentaliza o agente público com o poder-dever para realizar determinada finalidade em prol da sociedade.¹⁰¹

Dentro do escopo de nosso trabalho, verifica-se na Lei 9.472, de 16 de julho de 1997 a existência de regras atribuidoras de competência regulamentar para a Agência Nacional de Telecomunicações:

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

100 *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 169.

101 PIRES, Luis Manuel Fonseca. *A competência discricionária administrativa conforme os âmbitos da função administrativa e o seu controle pelo Poder Judiciário*. Nesse profundo trabalho, o autor anota a coincidência desse entendimento sobre a vinculação legal plena da competência nas doutrinas de juristas como Agustín Gordillo, Tomás-Ramón Fernández, Eduardo García de Enterría, Fernando Sainz Moreno, Renato Alessi, José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira, e no Brasil com Régis Fernandes de Oliveira, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entre outros.

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

[...]

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

[...]

VIII - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;

[...]

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

[...]

XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

XIII - expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;

XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;

[...]

Como se vê, o legislador franqueou um espaço no ordenamento a ser preenchido por atos administrativos de caráter normativo, genérico e abstrato, editados pela Agência das Telecomunicações. Objeto da próxima etapa deste trabalho, o estudo sobre a edição desse tipo de norma não é propriamente novo; apenas atraiu recentemente mais holofotes, quando surgiram como “novidade” as agências no direito positivo brasileiro, tal como se resultassem da adoção plena em nosso país de sistema análogo ao norte-americano, no qual, como acima visitado, o legislador prescreve princípios, normas gerais, *standards*, e incumbe o administrador de desenvolver seus conceitos por meio de normas infralegais.

8 - A edição de normas pelo regulador

Para clareza da discussão, anote-se que o vocábulo “regulamento”, no sentido de norma jurídica que provê regulação em determinada matéria, não identifica uma categoria de atos administrativos idênticos, nem mesmo uma fonte comum, muito embora a maioria desses atos provenha do Poder Executivo. Também não se concedem *a priori* a todos os regulamentos editados no ordenamento jurídico brasileiro, as mesmas características, virtudes e efeitos prescritos pelo direito positivo estrangeiro.¹⁰²

Regulamento tem um sentido mais restrito, de ato do Presidente da República para dar fiel cumprimento à lei, conforme se verá abaixo, incluído portanto dentro do conceito de regulação. A noção de regulação também serve-nos em variadas acepções, que englobam desde as formas de organização da atividade econômica, passando pelo conjunto de regras aplicáveis às concessões de serviços públicos, até o exercício do poder de polícia pelo Estado.

Regulação e regulamentação são dois termos antigos dentro do direito econômico e do direito administrativo, bem como dos respectivos discursos, e também do direito constitucional, onde se vê com frequência que a Constituição e o Estado regulam a atividade econômica.¹⁰³

Carlos Ari SUNDFELD, capitaneando uma corrente doutrinária que será vista a seguir, indica que a atividade de regulação passou a ter um conceito ampliado, flutuante e ainda incerto, em vista das modificações institucionais das quais resulta o surgimento das agências reguladoras na cena doutrinária, o que deve despertar o interesse dos estudiosos, em vista da superação do “velho” conceito de serviço público. Como espécie de intervenção estatal, essa regulação manifesta-se por meio de poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos, bem como por outros meios com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis, atingindo tanto os agentes atuantes em setores ditos privados,

102 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cap. VI, *passim*, com a correta advertência sobre o servilismo intelectual que copia acriticamente fórmulas do direito estrangeiro.

103 FIGUEIREDO, Marcelo. *Agências Reguladoras: O estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*, p. 197.

as atividades econômicas em sentido estrito, bem como aqueles que, especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal, como a prestação de serviços públicos, exploração de bens públicos e de monopólios do estado. Na sua concepção, a regulação é

característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim a regulação não é própria de uma família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica.¹⁰⁴

Marcelo FIGUEIREDO propõe uma visão mais cautelosa sobre a regulação, decorrente da análise do direito comparado, sobretudo o europeu, muito embora também concorde que essa noção atualmente se vincula a determinados diagnósticos políticos sobre a economia. O termo “regulação” não indica por si só qualquer fenômeno novo:

[...] na verdade a questão de fundo é a mesma. Trata-se, isso sim, não só da criação de Administrações ‘independentes’ do governo ou da Administração central (consequência-instrumento), mas da implantação de um novo modelo de Estado (causa).¹⁰⁵

Essa conotação parece advir, menos da ciência do direito, e mais da ciência econômica que cede justificativas para o modelo ou para o fenômeno onde esse conceito se insere, ligada a uma postulação de redução do tamanho do Estado-empresário e de liberalização de setores da economia. O conceito passou a ligar-se, portanto, em certa medida, às idéias de desregulação, privatização e liberalização, dentro das quais se defende que o Estado deve abandonar seu papel de agente econômico, para atuar como árbitro das atividades privadas.

JUSTEN FILHO constata a esse respeito que ao longo dos últimos 30 anos a atuação e a intervenção estatal se reduziram sensivelmente, em contraposição a um aumento das funções regulatórias do Estado. Esse novo papel estatal não significa negar a responsabilidade estatal na promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas tarefas, pois

[...] o ideário do Estado de Bem-Estar, permanece vigente, integrado irreversivelmente na civilização ocidental. As novas concepções

104 Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.18 e 23

105 *Agências Reguladoras: O estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*, p.198-199.

acentuam a impossibilidade de realização desses valores fundamentais através da atuação preponderante (senão isolada) dos organismos políticos.¹⁰⁶

Esse novo paradigma, que privilegia a competência regulatória, admite, portanto, a possibilidade de intervenção estatal para propiciar a concretização de valores políticos e sociais e de relevantes interesses públicos, que refreiam a busca pura e simples de lucro pelos particulares.

Ressalve-se, entretanto, que esse “novo” papel do Estado não basta para autorizar a expressão “Estado regulador”, uma vez que o Estado de Direito, por sua essência, no desempenho de suas funções legislativa, executiva e judiciária, já prescreve o direito positivo, ou seja, regula o organismo social. Não há aqui novidade nenhuma em relação ao que esse mesmo Estado já fazia. O que se questiona hoje é como o Estado, sem abandonar o Direito que lhe dá sustentação, logrará as metas de promover o bem-estar da sociedade, ou, em outros termos, quais são os limites dessa atividade reguladora. Nisso divide-se a doutrina brasileira em duas grandes correntes.

Uma doutrina

Um das correntes doutrinárias a respeito das possibilidades da regulação se representa por BANDEIRA DE MELLO, DI PIETRO, José Afonso da SILVA e Lúcia Valle FIGUEIREDO. A esse respeito, BANDEIRA DE MELLO, apoiado em Cirne Lima, aponta que o tratamento dos regulamentos previstos na constituição de 1946 não difere do atualmente em vigor¹⁰⁷, ou seja, de significação limitada, inoperante *contra legem e praeter legem*, “sem importância de direito material” para o cidadão ao qual se endereça.¹⁰⁸

Aqui, sob a designação “regulamento”, figuram os atos de regulação, os atos normativos editados pelo Presidente da República, com fundamento de validade na própria Constituição, cujo art. 84, IV, o autoriza expedir decretos e regulamentos para “fiel execução” das leis. Em vista da garantia contida no art. 5, II, da Constituição, que estatui que ninguém

106 *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, *passim*.

107 *Curso de Direito Administrativo*, p. 296, nota 4.

108 Nesse aspecto registre-se que letra do art. 141, §1º e §2º da Constituição de 1946 pouco diferem da redação

será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo “senão em virtude de lei”, e que os regulamentos do mais alto dignitário da hierarquia do Poder Executivo podem apenas a “fiel execução” da lei, e por força também dos princípios constitucionais da legalidade e da reserva legal, como acima aventados, afasta-se no direito brasileiro qualquer possibilidade de regulamentos que interfiram na liberdade e na propriedade das pessoas, tal como se admite no direito estrangeiro, por meio de regulamentos ditos delegados, autônomos ou independentes.

Destaca-se na letra do art. 5, II, da Constituição, que a obrigação de fazer ou deixar de fazer algo advém de lei, enquanto ato formal do Poder Legislativo que pode inovar no ordenamento, sem referência a regulamentos, decretos, portarias, instruções, pareceres, etc., emanados de outros poderes do estado. No direito brasileiro o regulamento será sempre, ou até que se mude a Constituição, uma norma inferior, subordinada, e dependente da lei em todos os seus aspectos.¹⁰⁹ José Afonso da SILVA comenta o limite dessa prerrogativa regulamentar do Presidente da República, que se situa no âmbito da competência executiva e administrativa: “Ultrapassar esses limites importa abuso de poder, tornado írrito o regulamento dele proveniente, e sujeito à sustação pelo Congresso Nacional”.¹¹⁰ Essa infração não se faz impunemente, pois o Congresso Nacional detém competência para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V, da Constituição).

O texto constitucional brasileiro não limita, entretanto, sua atribuição de competência regulamentar apenas ao Presidente da República. Os Ministros de Estado também podem fazê-lo, conforme o art. 87, parágrafo único, II, da Carta. Editam “instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”. Além deles e também conforme previsão constitucional, exercem uma função normativa os assim designados “órgãos reguladores” das telecomunicações (art. 21, XI, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95)¹¹¹ e do petróleo (art. 177, I a IV, §1º e § 2º, conforme a Emenda Constitucional nº 9,

do art. 5, I e II da Constituição atual.

109 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 144.

110 *Comentário Contextual à Constituição*, p. 484.

111 Art. 21. Compete à União: [...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; [...]

de 09/11/95).¹¹² Além dessas, excepcionalmente o art. 25 das Disposições Constitucionais Transitórias também estabeleceu um prazo para revogação de dispositivos legais, vigentes sob a carta revogada, que atribuíram ou delegaram a órgãos do Poder Executivo competência normativa que a nova Constituição outorgou exclusivamente ao Congresso Nacional, ou seja, admitiu durante algum tempo regulamentos desses órgãos cuja competência normativa não foi recebida na nova ordem constitucional.

Apesar dessa aparentemente generosa transferência de competência normativa ao Poder Executivo, a própria Constituição cuida de encarecer o princípio da legalidade e da reserva legal, ao repetir, por mais de 40 vezes ao longo do seu texto, a ressalva baseada “nos termos da lei”, como já mencionado, prescrevendo que o exercício de direitos e deveres deve acatar a vontade do Poder Legislativo e não do Executivo. Aliás, essa ressalva para observância das disposições de lei consta expressamente das regras constitucionais sobre as agências de telecomunicações e de petróleo. Não há previsão de outras agências reguladoras no texto constitucional, muito embora o legislador brasileiro tenha aparentemente gostado dessa alcunha para nomear vários órgãos novos da administração.¹¹³

112 Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; [...] § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II - as condições de contratação; III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; [...]

113 A esse respeito, GROTTI anota que a instituição de agências não ficou limitada ao campo dos serviços privatizados. “Algumas das atividades disciplinadas e controladas pelas Agências são serviços públicos propriamente ditos (caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT – e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ). Outras são atividades econômicas no sentido estrito (como a Agência Nacional do Petróleo – ANP). Outras são atividades que, quando o Estado protagoniza, serão serviços públicos, mas que, também são facultadas aos particulares, hipóteses em que serão atividades econômicas. É o que ocorre com os serviços de saúde, que os particulares exercitam no exercício da livre iniciativa, sob disciplina e controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS (hoje denominada ANVISA) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Algumas são atividades de fomento de setores culturais e fiscalização de atividade privada, que é o que sucede com a Agência Nacional do Cinema – ANCINE. Há, ainda, agência reguladora do uso de bem público, que é o que ocorre com a Agência Nacional de Águas – ANA”. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n. 6, maio/julho 2006, p. 1-29, p. 7. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 06 de maio de 2009; MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. *Direito administrativo econômico*, São Paulo:

Em vista dessas constatações, surge uma precisa delimitação da questão: que temas e até onde podem as agências reguladoras regulá-los sem invadir competência legislativa. BANDEIRA DE MELLO oferece como resposta que esses regramentos das agências se destinam à execução de uma lei e que não podem extravasar os termos que em nela se dispõem sobre direitos e obrigações dos administrados, com observância dos aspectos estritamente técnicos que competem às providências subalternas, sempre sujeitas a *condicionantes positivos e negativos*, ambos inerentes a uma relação da chamada *supremacia especial* entre o administrador e o administrado.¹¹⁴

São condicionantes *positivos* dessa supremacia especial (i) a existência de lei que confira aos órgãos públicos a atribuição para expedir ditos regramentos; (ii) que esses poderes regulamentares se fundamentem, sem mediações, na mesma lei que estabelece uma relação especial de sujeição entre o Estado e o administrado (a própria supremacia especial); (iii) que tais regramentos se limitem ao instrumentalmente necessário para cumprir as finalidades que presidem essas relações especiais; (iv) que essas regras se mantenham afinadas com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de invalidade; (v) e que conservem seu objeto atrelado ao que for temática e tecnicamente relacionado com a sujeição especial em causa.

Na mesma relação de supremacia especial são os seguintes os condicionantes *negativos* dos regramentos do administrador: (i) a impossibilidade de infirmar ou prevalecer sobre direito ou dever decorrente da constituição ou de lei; (ii) suas repercussões nada podem extravasar, em relação aos abrangidos, a intimidade da relação de supremacia especial; (iii) não podem exceder o estritamente necessário para cumprir as finalidades que presidem a relação especial em causa; (iv) não podem produzir por si mesmas conseqüências que restrinjam ou prejudiquem os interesses de terceiros ou os coloquem em situação de dever, ou seja, que criem relações obrigacionais fora do círculo íntimo dessa relação de supremacia especial. Exemplificam essa supremacia especial a relação entre o servidor público e o Estado-empregador; o concessionário em relação ao poder concedente; o usuário em relação

Malheiros, 2000. A nota de rodapé nº 49 menciona órgãos reguladores de natureza constitucional (ANATEL e ANP), os órgãos reguladores criados exclusivamente por lei (ANVISA, ANEEL, etc.), e órgãos reguladores de natureza constitucional imprópria, ou seja, que são referidos na constituição sem essa designação (Banco Central – art. 192 - IV, Superintendência de Seguros Privados- art. 192, II).

ao serviço público, o licitante em relação ao licitador, etc. A título de esclarecimento, diferencie-se aqui essa supremacia especial da *supremacia geral* da administração: esta última se refere ao fundamento do exercício de *polícia administrativa* pelo administrador, enquanto contraface do seu dever de dar execução às leis, indistintamente, sobre todos os indivíduos subordinados ao império legal.

Acerca desses limites à atividade regulamentar no sistema brasileiro, BANDEIRA DE MELLO esclarece que os regulamentos são requeridos para ordenar o modo de agir da administração, alcançando “tanto no que concerne aos *aspectos procedimentais* de seu comportamento quanto no que respeita aos *critérios que devem obedecer em questões de fundo*, como condição para cumprir os objetivos da lei” (grifos do autor).¹¹⁵ Como decorrência, conclui o mestre, descaberá qualquer regulamento onde não houver espaço para atuação administrativa, bem como onde faltar oportunidade para exercício de liberdade administrativa. O único regulamento admissível no sistema brasileiro será, portanto, aquele que disciplina o exercício dessa discricionariedade administrativa ou, em outras palavras, aquele necessário para regular a liberdade de escolha do administrador, dentro dos estritos limites impostos pela lei e pelo Direito.

DI PIETRO, refutando a “novidade” das agências reguladoras especializadas na Administração Pública brasileira, constata no ordenamento jurídico a atuação de inúmeros entes que exercem alguma função normativa. Identificam-se no grupo entidades como o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, a Secretaria da Receita Federal, a Comissão de Valores Mobiliários, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o CONMETRO, o INCRA, etc. Essa constatação inescapável exige uma presunção para convalidação dos atos normativos desses órgãos, qual seja, que todos eles se limitem a exercer sua função reguladora no apropriado exercício de discricionariedade, ou seja, dentro dos limites da lei, a ela subordinados em todos os seus aspectos, sem introduzir-lhe inovações. Tal presunção não corresponde à realidade dos fatos, conforme pode constatar uma análise mais aprofundada das normas de vários desses órgãos. A autora reconhece que é difícil encontrar fundamento seguro no direito brasileiro para todos os atos normativos propriamente ditos, com efeitos gerais, apesar do esforço da doutrina divergente em tentar justificar a competência das

114 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, *passim*.

115 *Ibidem*, p. 304.

agências reguladoras, dado que a Constituição delimitou exhaustivamente essa possibilidade.¹¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, ao avaliar a impossibilidade de delegação a regulamento de matérias sobre os quais apenas a lei poderia versar, num expediente que chama de abusivo, escandaloso, inconstitucional, porém comum na nossa história, ao constatar que “inúmeras são as leis que deferem, *sic et simpliciter*, a órgãos colegiais do Poder Executivo – como o Conselho Monetário Nacional – o poder de expedir decisões (‘resoluções’) cujo conteúdo só pode ser o de lei”, fulmina: é inconstitucional a delegação sempre que ao regulamento couber por suas próprias forças definir as condições ou requisitos necessários para o nascimento de direito, dever ou obrigação.¹¹⁷

Nesse aspecto concorda Benedito PORTO NETO:

Não resta dúvida de que a pura e simples delegação de competência normativa para a Administração não é comportada pelo ordenamento jurídico. *A lei não pode simplesmente autorizar que a administração pública exerça a função normativa.* [...] Não é possível admitir que o princípio da legalidade, uma garantia constitucional, seja esvaziado por ato do próprio legislador (itálicos do autor).¹¹⁸

Essa corrente doutrinária não defende que os regulamentos constituam uma armadilha, um sedutor canto de sereia que atrai as naus da cidadania aos arrecifes da inconstitucionalidade. Pelo contrário, quando compelida a executar lei que demande detalhamentos pormenorizados que nela faltem, a administração deve, sim, editar regulamentos para evitar que seus agentes apliquem tratamentos diferentes quando confrontados com os casos concretos. Desse modo garante-se uniformidade material e processual no tratamento dispensado aos administrados, em respeito ao princípio da isonomia. Como o regulamento vale dentro da lei a que se refere, e nada vale fora desses limites, sua edição deixa de ser uma faculdade, uma liberdade, e passa a ser uma necessidade para o apropriado uso da discricionariedade, como já se apontou acima, sempre que a generalidade e abstração da lei demandarem particularização normativa ulterior sobre a conduta da própria administração. Nesses casos a edição desse tipo de norma administrativa deve necessariamente preceder a aplicação da lei aos casos particulares pelos órgãos da

116 Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, p. 12 e 17.

117 *Curso de direito administrativo*, p. 311.

118 Agência Nacional de Telecomunicações. *direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 290.

administração.¹¹⁹

Na mesma linha DI PIETRO, diferenciando os conceitos indeterminados de conteúdo técnico, de experiência e de valor, leciona que o órgão regulador no sistema brasileiro se limita a definir em norma infralegal, apenas o conteúdo dos conceitos que discricionariamente devam se apoiar em avaliações de oportunidade, conveniência ou política. Na sua doutrina, o exercício do poder regulamentar somente encerrará discricionariedade quando a lei conceder ao administrador público alguma margem de decisão sobre como lograr o cumprimento da lei, ou seja, quando o administrador puder escolher a melhor dentre várias soluções igualmente válidas perante o direito em vista do interesse público a atingir. Se a discricionariedade tiver uma essência técnica, porque o conceito usado pelo legislador tem essa natureza e suas conseqüentes definições se pautam em critérios extraídos da ciência correlata, não se tratará de discricionariedade administrativa propriamente dita, pois a solução correta para o caso concreto será dada pelo respectivo especialista.

Essa não-discricionariedade, ou discricionariedade técnica, justifica a necessidade de especialização das agências reguladoras. A administração, na forma seja de agência, seja de órgãos administrativos em geral, quando exerce essa função reguladora, deve organizar, sanear e proteger o setor de sua alçada, com acatamento das normas superiores e adaptando suas normas às situações concretas, dentro de uma margem de flexibilidade fixada pela própria lei para consecução do interesse público. Concordando com BANDEIRA DE MELLO, afirma que o regulamento não se orienta para afetar liberdades ou propriedade do administrado, mas para o exercício do seu próprio poder discricionário em cada caso concreto.

O uso desse dever-poder normativo não cria regra nova, nem inova a lei que lhe antecede. Essa aliás é a dicção do art. 174 da Constituição, que estabelece que o Estado, ao intervir no domínio econômico, “exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” Trata-se portanto de limitação auto-imposta pela Administração, em respeito aos deveres de tratar com uniformidade todos os administrados, de prover um ambiente de segurança jurídica, e de observância da legalidade, que lhe retiram qualquer possibilidade de substituir o legislador e inovar o ordenamento jurídico com regras de conduta que afetem

119 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 305.

direitos ou garantias asseguradas por normas superiores.¹²⁰

Outra doutrina

Divergentemente, na corrente doutrinária oposta, Carlos Ari SUNDFELD entende que o ordenamento pátrio já adotou um modelo diferenciado de regulação, em que o Estado abandona o exercício direto da exploração de atividades empresariais, e passa a intervir no mercado mediante instrumentos de autoridade como consequência de uma nova opção de política econômica.¹²¹ O poder normativo dos novos órgãos reguladores, inserido nesse novo modelo de relacionamento entre Estado e sociedade, diferencia-se do clássico poder de editar normas que compete ao Legislativo, com base nos fatos da vida social, nas concepções políticas que a regem. Negar esse poder normativo ao órgão regulador significa também a negação do poder estatal de intervir na economia por meio de regulação.¹²² Desse modo, a regulação v.g. das telecomunicações, embasada no arcabouço trazido pela nova lei, difere do modelo anterior, no qual bastava, para o funcionamento da sociedade, a tradicional separação dos poderes e funções do Estado, o que era compatível com o baixo intervencionismo estatal. “Segundo novos padrões da sociedade, agora essas normas (*as leis com alto grau de abstração e generalidade*) não bastam, sendo precisas normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado” nesses setores.¹²³ Avalia o autor que as agências se enfeixam num processo que visa a reduzir o tamanho do Estado, com o objetivo de conceder mais agilidade e estabilidade a algumas organizações estatais prestadoras de serviço, bem como incentivar organizações não estatais, autônomas em relação ao Estado, a assumir serviços de interesse da sociedade, com recursos próprios, com mais eficiência de gestão e responsabilidade.

SUNDFELD cita, em suporte de sua tese, a lição de Dinorá GROTTI a respeito das

120 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, p. 13. A jurista diferencia a discricionariedade técnica da discricionariedade administrativa propriamente dita: aquela não é discricionariedade porque não enseja opção para o Poder Público.

121 Introdução às agências reguladoras. *Direito administrativo econômico*, p. 23. Exemplo disso seria a Lei Geral das Telecomunicações, em adoção do modelo norte-americano dos *standards*, como visto acima, cujos 216 artigos, parágrafos e incisos, formam um verdadeiro *codex* para limitar a edição de normas infralegais em acatamento do princípio da reserva legal.

122 *Ibidem*, p. 37.

123 SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (coord.). *Direito administrativo econômico*, p. 27.

alterações ocorridas ao longo do tempo no conceito de serviço público, por força de fatos e teorias políticas que fundamentam novas opções de política econômica, as quais levam a novos modelos de regulação. A autora parte alinhadamente da já mencionada proposta metodológica de Ataliba: o Direito Público e especialmente o Direito Administrativo somente podem ser entendidos em vista da sociedade sobre o qual se projetam. “Sem um conhecimento das idéias que presidem a vida social e política em cada momento histórico não se compreendem bem os conceitos jurídicos, nem as leis que imperam nesse momento”.¹²⁴ Em vista dessa premissa, as relações entre Estado e Sociedade vinculam-se às instituições jurídicas; sendo aquelas dinâmicas, alterando-se a cada momento histórico conforme os condicionamentos ideológicos, políticos, sociais e econômicos, refletem-se nas instituições jurídicas cuja sobrevivência depende da respectiva capacidade de adaptação em face das exigências da realidade.

Testemunha desse processo, que ocorre em revoluções abruptas ou em lenta evolução, é a transformação da noção de próprio serviço público. A lição da História, segundo GROTTI, reporta-nos que, já no Antigo Regime francês, das dinastias dos Valois e Bourbon, havia atividades assemelhadas material ou funcionalmente às do conceito de serviço público, que não tinham, entretanto, essa conformação por estarem enquadradas num sistema jurídico e político distinto, com uma significação diferente. Exemplifica essa atividade estatal citando a criação e manutenção no coração de Paris do *Hôtel des Invalides*, por decisão de Louis XIV (*L'État c'est moi*) em 1670, para abrigar *seus* soldados feridos em guerra.

A noção de serviço público surge, assim denominada, aparentemente pela primeira vez, em *Du Contrat Social*, de Rousseau, representando qualquer atividade estatal, que satisfaz uma necessidade coletiva à qual ao cidadão não compete acudir, ou que se refere aos assuntos coletivos de interesse da nação. Gaspar Ariño assevera que aquela noção de serviço público não deve ser entendida como técnica jurídica que provém do Antigo Regime, já que é uma técnica institucional, de caráter finalístico, nem deve ser pensada fora do contexto político e social e da idéia de Estado, vigente nos momentos que provêm da Revolução.¹²⁵

No período do Estado Liberal, houve consenso de que o serviço público combinava

124 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. *Direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39.

125 *Apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *idem*, p. 40.

um elemento subjetivo, que exigia a prestação pelo próprio Estado, um elemento material, relacionado à atividade que visava à satisfação de necessidades coletivas, e um elemento formal, que submetia essa atividade ao regime de Direito Público, derogatório e exorbitante do Direito comum. Imperava então a separação estanque entre o direito público e o privado, que preservava um espaço intocável pelo Estado dentro do patrimônio jurídico dos administrados, com extrema valorização da autonomia das respectivas vontades, e cujas liberdades definiam os limites da atuação estatal.

As prioridades da época (a proteção da liberdade individual, limitação do poder do Estado e a separação das suas atividades em relação à vida social, econômica e religiosa), engendraram um mecanismo ideológico, que impôs ao Estado a necessidade de declarar previamente dada atividade como pública, i.e., de sua competência, para que possa nela intervir. “Nesse contexto histórico – ideológico, político e cultural – surge o conceito técnico-jurídico de serviço público tal como chegou até nós”.¹²⁶ Tal noção de serviço público decorre não de definição do ordenamento positivo, mas sim da jurisprudência e da doutrina francesas, que lhe agregam um regime peculiar de Direito Público para reger atividades de prestação tendentes a satisfazer necessidades de interesse geral, que o Estado reclama para si e presta direta ou indiretamente. Doutrinariamente, com a Escola do Serviço Público, da lavra inicial de Léon Duguit,¹²⁷ defendia-se ser o serviço público a própria finalidade do Estado, visto que seriam indispensáveis à efetivação e ao desenvolvimento da interdependência social, que somente se lograria com a intervenção da força governamental. O Estado Liberal, quase um sinônimo de serviço público, atuava, portanto, de forma reativa para proteger as liberdades individuais, mas vigorosamente, quando necessário, usando de suas prerrogativas de autoridade herdadas do Estado Absolutista, que centralizava o exercício do poder.¹²⁸

A combinação desses três elementos para caracterizar o serviço público foi abalada com o afastamento paulatino dos princípios do liberalismo, quando o Estado passou a expandir suas intervenções sobre os indivíduos, as atividades comerciais e as industriais, antes tradicionalmente reservadas à iniciativa privada. Por conta dessas constatações subvertia-se

126 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. *direito administrativo econômico*, p. 39-41.

127 Dessa *École* participam Jèze, De Laubadère, Bonnard e Roland.

128 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 40-42.

essa noção clássica ou tradicional, visto que nem sempre estavam presentes aqueles três elementos antes considerados essenciais.

Surge então o modelo do Estado Social, que tem características peculiares. Perde-se a distinção feita no modelo liberal entre a ordem pública e a ordem privada, e o Estado passa a buscar a uniformização dos instrumentos de atuação pertinentes a estes dois ramos. Abandona-se a concepção de que as normas jurídicas portam os ideais de neutralidade, atemporalidade e racionalidade de conduta, e se reconhece que elas expressam conteúdos valorativos específicos que as identificam como programas de realizações. A própria noção de Estado de Direito identifica-se então com a implementação de valores sociais e econômicos, por meio da intervenção estatal na economia, que visa à correção das falhas do mercado, sem o objetivo de suplantá-lo, mas para viabilizar seu regular funcionamento, removendo

os obstáculos institucionais ao livre desenrolar daquela racionalidade de ‘mercado’ e criar as condições para que ela se exerça sem peias e entraves por justamente a considerar a mais adequada à atividade econômica e por reputar negativamente os desvios ao funcionamento respectivo.¹²⁹

Por conta desses desenvolvimentos, em meados do século XX a doutrina já mencionava a crise da noção de serviço público por conta de sua excessiva ampliação, chegando alguns doutrinadores, como Wedel e Waline, a afirmar que essa conceituação de nada mais serviria¹³⁰. GROTTI discorda e comenta que essa noção de serviço público apenas se mostrou dissonante das novas realidades, por conta das mudanças nas condições sociais e práticas do novo modelo de Estado.¹³¹

Mudaram-se os pressupostos econômicos, sociais, políticos e culturais envolvidos na prestação do serviço público. Reconheceu-se nesse cenário contemporâneo que o Estado se tornou grande demais, ineficiente e incapaz de dar cabo de suas missões, tanto as antigas quanto as novas, sufocando o ente privado. O Estado enfrentava dificuldades de financiar-se, comprometendo a alocação de recursos para projetos sociais novos, agravando a deterioração dos sistemas prestacionais já existentes, em todas as ordens (saúde, segurança, telecomunicação, ensino, transporte, etc.), que puseram em causa a própria governabilidade.

129 MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 25-39.

130 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 575 a 577, nota de rodapé nº1.

131 Teoria dos serviços públicos e sua transformação. *Direito administrativo econômico*, p.43.

Daí a “consciência generalizada de que deve haver um enxugamento da máquina estatal e a devolução de atividades à iniciativa social, ou seja, deve-se devolver ao cidadão e à sociedade seu protagonismo, sua iniciativa e, no fundo, sua liberdade de escolha do prestador do serviço”.¹³² Tal consciência generalizada levou à rediscussão da noção de serviço público, dentro de um processo de privatização e liberalização iniciado em larga escala pela Grã-Bretanha de Margareth Thatcher.

Sobre esse debate, ao qual o Brasil não se manteve imune, SUNDFELD anota que estão desaparecendo os serviços públicos prestados diretamente pelo Estado, conforme a concepção clássica e afrancesada. As empresas estatais transformam-se em particulares e o regime de exploração sofre alterações profundas, como resultado da introdução de competição entre os prestadores, da interferência sistemática de órgãos incumbidos de proteger esse regime competitivo, e da criação de órgãos reguladores não subordinados ao Executivo, independentes, portanto, os quais disciplinam setores inteiros da economia, com largo poder normativo, fiscalizatório, sancionatório, de solução de conflitos. Esse poder normativo desdobra-se em “regulação dos monopólios”, “regulação para a competição”, e a “regulação social”, que visa à universalização dos serviços.¹³³

A esse respeito, Floriano Azevedo MARQUES NETO reconhece no fenômeno um intervencionismo estatal indireto, em que o Estado, forçado pelas circunstâncias adversas delineadas pouco acima, deixa de assumir a condução da atividade econômica, para defini-la e controlá-la por meio de fomento, regulamentação, monitoramento, mediação, fiscalização, planejamento e ordenamento da economia. Não se trata, portanto, de uma desregulação ou de uma volta ao liberalismo; pelo contrário, a ausência do Estado na titularidade direta da prestação exige um controle estatal mais intenso da atividade, “sob pena de estar descurando de controlar a produção de uma utilidade dotada de essencialidade e relevância”.¹³⁴

Por conta disso, exige-se, dos órgãos reguladores da “nova geração”, um profundo conhecimento do setor regulado, com elevado nível de especialização (pleno domínio dos conceitos, princípios e pressupostos do setor) e o permanente acompanhamento dos rumos

132 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. *Direito administrativo econômico*, p. 43-44.

133 SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 161-162.

tecnológicos, empresariais e econômicos do setor, em nível nacional e internacional. “Paralelamente a essa *expertise*, é imprescindível que o órgão regulador seja pautado por uma política pública clara, democraticamente definida e que contenha de forma precisa os objetivos governamentais que se quer ver implementados no setor”. (grifo nosso)

Essa definição democrática, ao qual se refere MARQUES NETO, contribui para substituir a autoridade unilateral do administrador pela autoridade negocial da Agência, permanentemente construída, cuja legitimação não se dá pela presunção de supremacia e inoponibilidade, mas muito mais

i) pelo respeito às regras do jogo; ii) pela clareza dos objetivos e princípios estabelecidos pelo setor; iii) pela transparência do procedimento regulatório; iv) pela capacidade de interlocução com os diversos atores envolvidos; e v) pela detenção de conhecimento técnico aplicável ao setor.¹³⁵

Todas essas peculiaridades tornam difícil inserir as agências constitucionalmente previstas no âmbito de uma das funções tradicionais do Estado. Com isso a atuação regulatória que englobe a concretização de políticas públicas, mediação, proteção e promoção de interesses públicos difusos, caracteriza uma dimensão política irrenunciável, na qual subjaz necessariamente uma vertente regulamentar, de edição de normas jurídicas. Reconhece-se aqui a matriz da crítica da outra corrente doutrinária, por invasão das funções legislativas parlamentares, que MARQUES NETO refuta, por entender que o ente regulador, mencionado na Carta e criado por lei que lhe delega tais poderes regulamentares, não usurpará dita função na medida em que seus regulamentos se prestem a dar contextura jurídica aos princípios contidos na respectiva lei, sob pena de sustação do ato pelo Congresso, nos termos do art. 49, V, da Constituição Federal.¹³⁶

134 A nova regulação estatal e as agências independentes. *Direito Administrativo Econômico*, p.74-75.

135 *Ibidem*, p. 91-92.

136 *Ibidem*, nota de rodapé nº 48. Em que pese a autoridade dos doutrinadores dessa corrente, e do inevitável reconhecimento de uma avalanche de novas normas que encampam ou expressam a lógica por eles defendida, avalio com alguma cautela a procedência desses argumentos, menos em vista da fundamentação constitucional que se lhe contrapõe doutrinariamente, e mais em vista dos “Cavalos de Tróia” que já adentraram as muralhas sob o manto dessa regulação e regulamentação. É de se apontar a também conveniência dessa doutrina para governantes pouco afeitos ou menos dispostos à negociação política, imprescindível convivência democrática. Não se trata pois de uma advertência acadêmica. Uma breve análise das práticas da ANATEL confirma os vaticínios de Cassandra: (i) a Resolução nº 101 da ANATEL, que trata da definição de controle societário para os efeitos de conceder ou não outorgas para explorar serviço de

Aos olhos dessa corrente doutrinária, a atividade de regulação sugere então um novo *modus* de atuação ampliada da Administração. Munida de um ferramental jurídico que lhe permite editar normas e compor conflitos, poderá buscar a concretização de valores e metas do ordenamento jurídico, por meio de mecanismos que sintetizem, de um lado, o poder de polícia administrativa – o qual não só condiciona, limita e restringe, mas especialmente dispõe inovadoramente sobre a atuação dos indivíduos na ordem econômica – e, de outro lado, o serviço público que oferta à sociedade utilidades que ampliem a fruição de comodidades, mediante prestações a cada administrado, inclusive por meio de delegação da execução desses serviços. Essa atividade de regulação ultrapassa, portanto, a aplicação de ofício de normas a situações concretas ou edição de atos normativos limitados pela lei que, fundamentados na supremacia geral da administração, se limitam a impor ao particular deveres de *non facere*, e passa a abranger também a edição de normas que inovam no ordenamento em observância de *standards* definidos num arcabouço legal prévio, cuja implementação exige um esforço de interação profunda com o corpo social, que lhe emprestará legitimidade.

telecomunicação, editada posteriormente à privatização da Telebrás, e usada de modo casuístico nos casos concretos (os casos CRT e Global Telecom, em que um operador impedido pela regulamentação teve que vender sua participação acionária naquela, mas pôde, na vigência da mesma restrição, entrar como sócio na outra empresa); (ii) o caso TIM-BrasilTelecom x TelespCelular para início do SMP; (iii) as mudanças de regras essenciais na prestação da telefonia móvel (o caso da “migração” para do SMC para o SMP; a transformação da mobilidade da telefonia celular em telefonia fixa de longa distância; oferta de radiofrequência condicionada à renúncia a contratos de concessão); entre outros de menor vulto, (iv) como o caso da restrição à oferta de celular pré-pago, e (v) a restrição ao serviço de mensagens curtas (short messages - SMS).

9 - Noção de Serviço Público

Nesse novo cenário social e econômico, em que a atuação do Estado na prestação dos serviços é posta em causa, resta o desafio de identificar e caracterizar os serviços ou as atividades nos quais incidirá a regulação do administrador. A qualificação de uma atividade como serviço público, segundo GROTTI¹³⁷, remete-nos ao plano das escolhas políticas fixadas na Constituição Federal, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes. Conclui-se daí que nenhuma atividade será serviço público simplesmente por sua própria natureza; pelo contrário, consideram-se – além do direito positivo – as necessidades sociais como desenvolvimento econômico, técnico e científico, a necessidade de suprir a falta de iniciativa privada, ou a necessidade ou conveniência de ordenar o uso ou exploração de recursos finitos ou escassos (água, espectro radioelétrico, etc.) ou perigosos (minérios radioativos), dentre outros.

A Constituição brasileira, da qual não se extrai um conceito preciso de serviço público, apenas identifica algumas atividades como tal¹³⁸. No seu artigo 21, X, XI, XII, XXIII, figuram os serviços de titularidade da União, que incluem a exploração de atividades variadas: o serviço postal, as telecomunicações, a radiodifusão sonora, de sons e imagens, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária, o transporte ferroviário e aquaviário, transporte rodoviário de passageiros, os portos marítimos, fluviais e lacustres, bem como os serviços e instalações nucleares. Por exclusão, conforme o seu art. 25, poderão os Estados da Federação, nos termos de suas respectivas Constituições e leis, explorar as atividades que não sejam reservadas à União, com a possibilidade expressamente assegurada de exploração dos serviços locais de gás canalizado. A Carta reserva aos Municípios, conforme seu art. 30, V, a competência para organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, inclusive o transporte coletivo, “que tem caráter essencial”. Atividades há que competem concorrentemente à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23), e outras que podem ser exploradas também pela iniciativa privada, como os serviços de educação (art. 205 e 209) e de saúde (art. 196 e 199).

137 Teoria dos serviços públicos e sua transformação. *Direito administrativo econômico, passim*.

138 AGUILAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 126.

Exsurgem então dois elementos do regime jurídico aplicável a um serviço para que seja considerado público. De um lado, um substrato material ligado à própria essência da atividade, que consiste no oferecimento de comodidades ou utilidades materiais a todos os administrados por parte do Estado, que as assume num dado momento histórico como próprias, por reputá-las imprescindíveis, necessárias ou especialmente convenientes às demandas básicas da sociedade. Esse substrato material consubstancia-se, portanto, numa prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários, destinada a satisfazer a coletividade em geral, definida pelo Estado como especialmente relevante atendimento dos interesses da sociedade e insuscetível de ser explorada apenas iniciativa privada. De outro lado requer-se, como elemento formal dessa caracterização, a submissão a um regime jurídico de Direito Público cujos traços preponderantes encarecem, para além do princípio da legalidade, a

utilização de técnicas autoritárias, expressivas de soberania, de que são manifestações a possibilidade de constituir obrigações por ato unilateral, a presunção de legitimidade dos atos praticados, a auto-executoriedade deles, bem como sua revogabilidade e unilateral declaração de nulidade, a continuidade das atividades havidas como públicas, donde – no plano do serviço público – a impossibilidade de o concessionário invocar a *exceptio non adimpleti contractus* para eximir-se da regular continuidade do seu desempenho, a rigorosa obediência ao princípio da isonomia etc.¹³⁹

Tais características são corolário lógico de todos os princípios ordenadores já mencionados do próprio Direito Administrativo. Esclareça-se, entretanto, que na falta dessa submissão ao regime jurídico de Direito Público mesmo a abundância dos elementos do substrato material de uma atividade não bastará para caracterizá-la como uma prestação de serviço público. Com isso haverá atividades prestadas pelo Estado que serão inequivocamente serviços públicos, outras que podem sê-lo e outras ainda que não o serão, tratando-se, portanto, de simples serviços governamentais.

139 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 579. Dentro de tal conceituação, parece evidente que o serviço de rádio-amador não se enquadra no conceito de serviço público, por lhe faltar o regime de direito público, nem ser uma prestação que Estado tomou para si para atender relevantes interesses da sociedade. Há certamente outros serviços em que essa descaracterização se evidencia não tão obviamente, em função de suas peculiaridades técnicas, obsolescência, e da intensidade do interesse social que despertam, por não se revestirem de essencialidade nem de relevância dentro do contexto social, nem merecerem o esforço do Estado para sua universalização (v.g. rádio-chamada, entre outros).

Por força da supremacia do interesse público importa destacar que o estatuto privado do prestador não atenua o regime público da prestação do serviço, nem lhe diminui as exigências aplicáveis. Em outras palavras, o poder concedente dos serviços públicos, enquanto titular dessa competência constitucional, responde socialmente pela efetiva prestação desse serviço público, mesmo que o realize indiretamente por meio de empresas particulares, mediante concessão, permissão ou autorização. Uma vez delegada a prestação do serviço à empresa privada, dela não se desincumbe o poder concedente. Pelo contrário, o Estado deve continuar a zelar pelo serviço, pelo controle da qualidade e pela regularidade da sua prestação, empregando todos os mecanismos de fiscalização disponíveis, além de assegurar aos usuários o atendimento a seus direitos ao serviço adequado e a uma tarifa módica ou pelo menos razoável.¹⁴⁰

Vários são os princípios afeitos à prestação de serviços públicos, em adição àqueles já mencionados acima, que regem a função administrativa. Conforme GROTTI, os autores divergem sobre quantos e quais são esses princípios, reconhecendo que tal debate se radica muitas vezes na fusão ou no desdobramento de vários desses preceitos.¹⁴¹ Concordamos que a grande diversidade de serviços públicos, em meio a uma crescente complexidade social revela não um arcabouço normativo a regulá-los exhaustivamente, mas sim um grupo de elementos coincidentes que reclamam o reconhecimento de certos princípios comuns, independentes e que se superpõem às peculiaridades de cada prestação.

Tais elementos coincidentes constam por exemplo da Lei nº 8.987/95, sobre concessão e permissão de serviços públicos, impondo ao prestador o dever de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Pela mesma senda lógica trilhou o legislador quando editou o Código do Consumidor, cujos art. 4º, I, art. 22 e art. 39, VIII, prescrevem que a Política Nacional de Relações de Consumo observará as necessidades dos consumidores, o respeito à dignidade, à saúde e à segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, citando como princípio os padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho de produtos e serviços que, quando essenciais, também contínuos.

140 WALD, Arnaldo e MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 2009, p. 143-171.

141 Teoria dos serviços públicos e sua transformação. *Direito administrativo econômico*, p. 48 e 49.

Elegemos como primeiro dos princípios do serviço público o da *continuidade*, que reflete o interesse na existência da prestação de atividade essencial, ou seja, impõe a obrigação de contínuo funcionamento sem paralisações injustificadas, escusadas apenas as razões de imperiosidade técnica (v.g., manutenção programada, segurança, etc.) ou por conta de situações de emergência. Esse princípio da continuidade suscita grande debate na doutrina e na jurisprudência sobre possibilidade de interrupção do serviço público por falta de pagamento, ou seja, se a inadimplência do usuário caracteriza um motivo justificado para a interrupção do serviço. Nessa discussão, que não aprofundamos aqui, reitera-se basicamente o caráter essencial da prestação em contraposição ao ato de não pagar por um serviço ao qual o administrado sequer é obrigado a aderir compulsoriamente, em detrimento dos demais usuários adimplentes que indiretamente acabarão por subsidiar o inadimplente.

O princípio da *regularidade* refere-se à prestação em condições preestabelecidas, que impõem conformidade e adequação do serviço público a um conjunto de exigências que razoavelmente dele se esperam. Adiciona-se, portanto, ao pressuposto de continuidade, para impor que a prestação não apenas exista e esteja disponível, mas para que o serviço ofereça as características de qualidade condizentes com as possibilidades e as expectativas sociais. Tal princípio informa-nos que a má prestação desatende à sociedade em benefício da qual se concebe a atividade.

Outros princípios podem ser citados, que trazem alguma especificidade em relação aos princípios maiores da atividade pública. O princípio da *universalidade* ou generalidade expressa a possibilidade de que todos, sem distinção, poderão exigir a prestação do serviço público, sempre que dele necessitem e se ponham em condições de fruí-lo. O princípio da *igualdade* ou uniformidade exige a mesma prestação a todos que se encontrem na mesma condição de fruição. Alinhavamos outros tantos, apenas à guisa de menção: princípio da *modicidade*, princípio da *mutabilidade* ou adaptação constante, princípio da *participação dos usuários*, princípio da *cortesia*, princípio da *eficiência*.

Em vista dos objetivos do presente trabalho, sobre metas de qualidade em telefonia, serviço que conta com previsão constitucional e lei federal específica (Lei Geral de Telecomunicações, nº 9.472/97), passaremos ao largo de uma discussão doutrinária a respeito da possibilidade de criação de serviço público por lei ordinária, para além daqueles já

previstos na Carta, e sobre quais limites essa criação deve observar para que seja válida dentro do ordenamento.¹⁴² Para os nossos propósitos, não resta dúvida de que os serviços de telefonia fixa e móvel são serviços públicos pela sua inegável relevância na sociedade moderna, bem como porque “a definição constitucional de determinada atividade como serviço público afasta qualquer dúvida que se pudesse opor à sua caracterização como tal”.¹⁴³

142 *Apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. *Direito administrativo econômico*, p. 47-48. Um grupo de juristas entende que o conceito de serviço público decorre da disposição ou constitucional ou legal (Bandeira de Mello, di Pietro); outro grupo entende que o serviço público decorre da necessidade de atender ao interesse social (Grau e Justen Filho); outro ainda, que apenas a Constituição pode criar serviço público (Aguilar). O art. 175 da Constituição dispõe que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

143 *Idem*, p. 47.

10 - A qualidade

Antes de falarmos de qualidade na telefonia, debruçemo-nos sobre esse conceito multifacetado, pivô de muitas polêmicas. Sem maiores cuidados científicos, o discernimento popular associa a qualidade a avaliações e sentimentos puramente subjetivos que refletem as necessidades de cada pessoa em relação ao bem avaliado, num dado momento ou circunstância. Decorre daí que muitos não julgam, como critério de qualidade, a funcionalidade do bem, sua aparência ou o *status* por ele aportado; outros, a sua matéria-prima, a durabilidade, os custos de manutenção, a poluição ambiental gerada ou compensada; outros ainda, a relação entre alguns desses quesitos entre si, sem que nunca se chegue a um consenso sobre quais características devem ser consideradas ou descartadas, nem sobre a importância relativa entre elas.

Como se verá a seguir, a Agência Nacional de Telecomunicações parece ter adotado um critério bem mais objetivo que o discernimento popular. Transparecem nas regras da Agência muitas das propostas da *ISO – INTERNATIONAL STANDARDIZATION ORGANIZATION*, conforme podemos apreender na norma por ela editada, a ISO 9000:2005, elaborado pelo Comitê Técnico *Quality Management and Quality Assurance* (ISO/TC 176), Subcomitê *Concepts and Terminology* (SC 1). Essa instituição suíça propõe normas (“famílias de normas”¹⁴⁴) a respeito da gestão da qualidade, aplicáveis a diversos setores da atividade

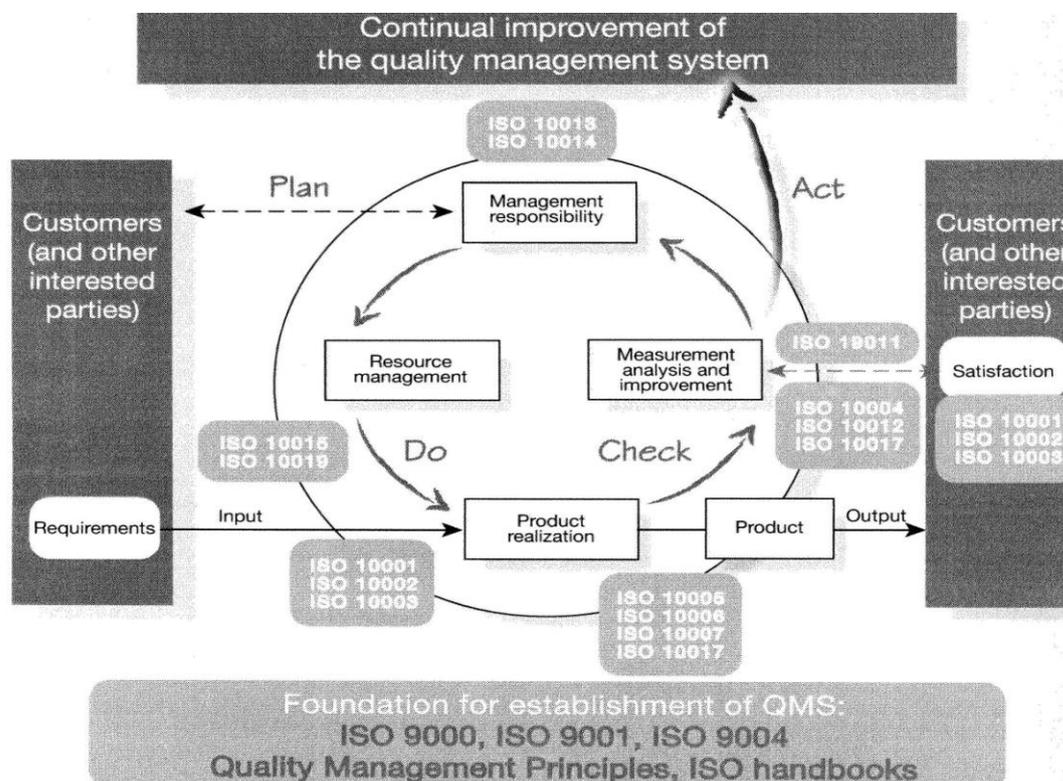
¹⁴⁴ Normas da Família ISO 9000: ISO 9000:2005 Quality management systems – Fundamentals and vocabulary

- ISO 9001:2008 Quality management systems – Requirements
- ISO 9004:2000 Quality management systems – Guidelines for performance improvements
- ISO 10001:2007 Quality management – Customer satisfaction – Guidelines for codes of conduct for organizations
- ISO 10002:2004 Quality management – Customer satisfaction – Guidelines for complaints handling in organizations
- ISO 10003:2007 Quality management – Customer satisfaction – Guidelines for dispute resolution external to the organization
- ISO 10005:2005 Quality management – Guidelines for quality plans ISO 10006:2003 Quality management – Guidelines for quality management in projects
- ISO 10007:2003 Quality management – Guidelines for configuration management
- ISO 10012:2003 Measurement management systems – Requirements for measurement processes and measuring equipment
- ISO/TR 10013:2001 Guidelines for quality management system documentation
- ISO 10014:2006 Quality management – Guidelines for realizing financial and economic benefits
- ISO 10015:1999 Quality management – Guidelines for training
- ISO/TR 10017:2003 Guidance on statistical techniques for ISO 9001:2000

humana, que são altamente reputadas e adotadas no mundo inteiro. A certificação de atendimento a essa norma atesta, em resumidas linhas, que uma dada organização atende aos vários requisitos de qualidade, dentre os quais os (i) voltados para o cliente e também os (ii) voltados às exigências impostas pelo respectivo regulador, que (iii) visem ao aumento da satisfação do cliente, bem como (iv) logra um contínuo aprimoramento na busca desses objetivos.

Essa norma foi recebida, em terras brasileiras, por meio da ABNT NBR ISO 9000, norma essa elaborada no Comitê Brasileiro de Qualidade pela Comissão de Estudos de Fundamentos e Vocabulário (CE-25:001.01), no seio da Associação Brasileira de Normas Técnicas. A ABNT é uma entidade privada, sem fins lucrativos, reconhecida como único Foro Nacional de Normalização por meio da Resolução n.º 07 do CONMETRO, de 24 de agosto de 1992.

- ISO 10019:2005 Guidelines for the selection of quality management system consultants and use of their services
- ISO/TS 16949:2002 Quality management systems – Particular requirements for the application of ISO 9001:2000 for automotive production and relevant service part organizations
- ISO 19011:2002 Guidelines for quality and/or environmental management systems auditing



Disponível em <http://www.iso.org/iso/iso_9000_selection_and_use-2009.pdf> consulta em 16 de janeiro de 2010.

Segundo os itens 3.1.1, 3.1.2 e 3.5.1 da ABNT NBR ISO 9000:2005, podemos delinear quase um meta-conceito de qualidade como *o grau no qual um conjunto de características inerentes, não atribuídas, satisfaz a dada necessidade ou expectativa*. Trata-se portanto de adequação ou conformidade a um dado uso.¹⁴⁵ Não há aqui uma proposição sobre a qualidade, mas apenas um modo de encontrá-la.

Sob as luzes dessa proposição, devemos reconhecer que o discernimento popular acerta ao debater incessantemente a qualidade, mas que se equivocam todos aqueles que pretendem sacar dessa discussão um conceito unívoco ou definitivo. Como constataremos logo mais, a qualidade requer uma conceituação mutante. Retoma-se então a lembrança dos doutrinadores da discricionariiedade, acima visitados, que demandam a avaliação da realidade dos fatos, que podem ser mutáveis, em consonância com a finalidade prescrita pela norma.

Esse meta-conceito de qualidade, que aparentemente se aproxima daquela oferecida pelo discernimento popular, requer um aprofundamento para sua correta compreensão:

Qualidade tem a haver (*sic*), primordialmente, com o processo pelo qual os produtos ou serviços são materializados. Se o processo for bem realizado, um bom produto final advirá naturalmente. A Qualidade reside no que se faz – aliás – em tudo o que se faz – e não apenas no que se tem como consequência disso.¹⁴⁶

Em outras palavras, o aspecto objetivamente mensurável da qualidade é o processo.¹⁴⁷

Inevitável lembrarmo-nos aqui de um bordão que impera nos chãos de fábrica, para afastá-lo como reflexo de uma concepção capciosa da atividade de “controle de qualidade”: *a qualidade não se controla, apenas se produz*. Fugamos dessa concepção segundo a qual o controle de qualidade se limita à avaliação apenas daquilo que resulta das linhas de produção. Não se trata apena disso. Essa percepção amplificadora da qualidade requer um esclarecimento importante, relacionado com nem tão recentes evoluções desse debate. Toda avaliação sobre

¹⁴⁵ ROTHERY, Brian. *ISO 9000*. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 13.

¹⁴⁶ LOBOS, Júlio. *Qualidade através das pessoas*. São Paulo: J. Lobos, 1991, p. 14.

¹⁴⁷ Seria possível vasculhar muitas outras propostas sobre controles de processos visando à qualidade: *Just in Time, Kanban, Kaizen, Lean Manufacture, Excelência em Gestão*, etc.

qualidade incluirá vários outros aspectos não compreendidos dentro dos processos produtivos propriamente ditos, especialmente a satisfação dos destinatários dos bens que deles resultam, sejam eles os clientes internos (integrantes do próprio processo, ou seja, da etapa subsequente de produção), sejam os clientes externos, aqui não só os usuários ou consumidores, mas também os investidores e a sociedade em geral. Entram portanto nessa análise muitos outros componentes importantes, não ligados ao processo produtivo, como o preço e a satisfação do usuário, que aliás a Lei de Geral de Telecomunicações bem incluiu dentre seus valores e princípios. Essa ampliação do conceito de qualidade advém dos contornos doutrinários propostos em meados do século XX na obra de Armand FEIGENBAUM, alto executivo da General Electric norte-americana, responsável pela qualidade, e que recebeu no meio da Administração de Empresas a alcunha de pai ou *guru da qualidade*.¹⁴⁸

Tão somente para aquilatarmos a dimensão dos esforços e abrangência dos estudos que envolvem a implementação, manutenção e melhoria de um sistema de gestão da qualidade, a mesma norma ABNT ISO 9000, no seu item 2.3, prescreve as seguintes etapas nessa faina, que não são objeto do presente estudo:

- a) determinação das necessidades e expectativas dos clientes e das outras partes interessadas;
- b) estabelecimento da política da qualidade e dos objetivos da qualidade da organização;
- c) determinação dos processos e responsabilidades necessários para atingir os objetivos da qualidade;
- d) determinação e fornecimento dos recursos necessários para atingir os objetivos da qualidade;
- e) estabelecimento de métodos para medir a eficácia e a eficiência de cada processo;
- f) aplicação dessas medidas para determinar a eficácia e a eficiência de cada processo;
- g) determinação dos meios para prevenir não-conformidades e eliminar suas causas;
- h) estabelecimento e aplicação de um processo para melhoria contínua do sistema de gestão da qualidade.

¹⁴⁸ FEIGENBAUM, Armand. *Total quality control*, New York: McGraw-Hill Book Company, 1983; CAMPOS, Vicente Falconi. *TQC controle da qualidade total: no estilo japonês*. Fundação Christiano Ottoni, Escola de Engenharia da UFMG, 1992; Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1992. Das lições da Feigenbaum e de seus desdobramentos, percebe-se que a qualidade está no epicentro da discussão sobre o fracasso de empresas cujas estatísticas sobre os processos de produção apontavam constantes aprimoramentos, em contraponto com vendas declinantes, em vista de consumidores que passaram a considerar relevantes aspectos como eficiência no atendimento e o tempo perdido no pós-venda.

Desse modo, sobre todos os processos – fabris e não fabris – implantam-se sistemas de gestão e controle de qualidade, tal como os da *ISO-9000*, motivo pelo qual suas proposições e ferramentas podem ser aplicadas em processos produtivos dos mais variados bens, que vão desde os serviços bancários, educacionais e hospitalares, fabricação de veículos, cosméticos e laticínios, até a geração de energia termonuclear. Depois de feito esse breve esclarecimento sobre a extensão e complexidade do tema da qualidade, objeto de incontáveis obras acadêmicas e estudos práticos no âmbito das disciplinas da Administração de Empresas, um tema tão amplo e rico quanto o Direito Administrativo, podemos passar agora a avaliá-la com foco jurídico e olhos voltados para a telefonia.

11 - A qualidade na telefonia

Para tratarmos agora da qualidade na telefonia, devemos juntar esses dois universos. Consideremos a qualidade do serviço de telefonia fixa (serviço telefônico fixo comutado, ou STFC) e do serviço de telefonia móvel (serviço móvel pessoal, ou SMP), sob as vistas dos respectivos expertos e dos juristas.

Reconheçamos inicialmente, e desde já, que o parágrafo único do artigo 64 da Lei nº 9.472/1997 aplica o regime público apenas às várias modalidades do STFC (local, longa distância nacional e longa distância internacional), enquanto serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União deve assegurar. O Serviço Móvel Pessoal foi relegado ao regime privado de exploração por disposição do Decreto nº 2534/98, que aprovou originalmente Plano Geral de Outorgas.

Tal escolha dessa norma infralegal parece-nos equivocada, visto que a telefonia móvel congrega os elementos de fato e de direito que demandam o regime jurídico caracterizador de serviço público. Há, em primeiro plano, a previsão constitucional que lança as telecomunicações dentre as competências da União. Além disso, a materialidade da telefonia móvel, com bem mais de 100 milhões de usuários espalhados pelo país, leva-nos a concluir pela hodierna imprescindibilidade desse serviço para vida social e para o desenvolvimento nacional. Além desses aspectos, ainda persistem no regime privado de exploração do SMP, como se depreende da própria Lei nº 9.472/1997 e do termo de autorização para prestação desse serviço, os elementos do regime jurídico de Direito Público: a possibilidade de constituir obrigações por ato unilateral do Regulador, sobre a qual se presume a legitimidade e a auto-executoriedade, bem como sua revogabilidade e unilateral declaração de nulidade, a continuidade das atividades (v.g. cláusula 3.1, 3.2, 5.1 do Termo de Autorização do SMP¹⁴⁹), em observância dos princípios da legalidade, da isonomia, etc.

¹⁴⁹ Conforme minuta anexada ao Edital de Licitação da “Banda C”: **Cláusula 3.1** - A AUTORIZADA se obriga a prestar o serviço objeto da Autorização de forma a cumprir plenamente as obrigações inerentes ao serviço prestado em regime privado, observados os critérios, fórmulas e parâmetros definidos neste Termo de Autorização. **Parágrafo único.** O descumprimento das obrigações relacionadas ao objeto deste Termo de Autorização ensejará a aplicação das sanções nele previstas, permitirá a suspensão temporária pela Anatel e, conforme o caso, será decretada a caducidade desta Autorização, na forma disposta no art. 137 da LGT.

A supremacia do interesse público, do regime de Direito Público e fundamento constitucional, suscita viva discussão sobre a possibilidade de prestação do SMP no regime privado descrito na Lei Geral de Telecomunicações, mesmo tendo ele todo o substrato de um serviço público. Pela letra da Lei nº 9.472/97, conforme define o Plano Geral de Outorga, as prestadoras de telefonia móvel podem não apenas falir, como também podem cerrar portas e sucatear suas plantas que dão suporte à prestação, visto que tais bens sequer são reversíveis. O regime privado da Lei Geral de Telecomunicações permite, em tese, que uma prestadora autorizatória desse serviço simplesmente desapareça. A solução jurídica que se extrai da Lei, para resguardar o interesse social, impõe que o Estado reassuma a atividade. Propõe-se em tese, para evitar um colapso da sua prestação de serviço, que se estatize a planta técnica da prestadora e devolva então a exploração da atividade para o mesmo Estado acusado de enorme e ineficiente, para consumir escassos recursos públicos na competição com empresas altamente especializadas e capitalizadas. Sobre as perspectivas dessa competição, vem-nos a lembrança do curto período em que as empresas estatais de telefonia móvel (“Banda A”) competiram penosamente com as novas operadoras privadas (“Banda B”): nem foram necessárias as assimetrias regulatórias, em interconexão ou em infra-estrutura, para que as “Novas Entrantes” lograssem participações de mercado bastante significativas. Solução alternativa, de fundo não jurídico mas inegavelmente eficaz, constitui-se no apoio ou facilitação da alteração do controle societário da prestadora do serviço. Esse conjunto de riscos e circunstâncias corrobora com a incongruência entre o serviço móvel pessoal e o regime que lhe foi atribuído pelo Plano Geral de Outorgas, tanto em vista da Lei nº9472/97 quanto da própria Constituição.

Cláusula 3.2 - A AUTORIZADA explorará o serviço objeto desta Autorização por sua conta e risco, dentro do regime de ampla e justa competição estabelecido na LGT, sendo remunerada pelos preços cobrados, conforme disposto neste Termo de Autorização. §1º A AUTORIZADA não terá direito a qualquer espécie de exclusividade, qualquer hipótese de garantia de equilíbrio econômico financeiro, nem poderá reclamar direito quanto à admissão de novas prestadoras do mesmo serviço. §2º A AUTORIZADA não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes com a expedição desta Autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação. §3º As normas concederão prazos suficientes para adaptação aos novos condicionamentos.

... **Cláusula 5.1** - Constitui pressuposto desta Autorização a adequada qualidade do serviço prestado pela AUTORIZADA, considerando-se como tal o serviço que satisfizer às condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia. § 1º - A regularidade será caracterizada pela exploração continuada do serviço com estrita observância do disposto nas normas baixadas pela Anatel.

Embora reconheçamos uma inconstitucionalidade nessa escolha do Plano Geral de Outorgas, não vamos ao extremo de julgar e condenar igualmente o próprio conceito do regime privado: serviços de telecomunicação há que, de tão insignificantes socialmente, podem razoavelmente conviver com o risco de desaparecimento, sem que isso cause maiores aflições ao Estado ou à sociedade, como por exemplo os serviços de rádio-chamada (*paging*) e rádio-táxi, os serviços limitados de rede e de circuitos, o serviço de telefonia móvel por satélite, dentre outros que podem ser substituídos por outras soluções tecnológicas compatíveis e de desempenho e custo assemelhado. Nesses outros serviços, não se caracteriza um serviço público, em vista de sua imaterialidade social.

Em vista desse cenário, o STFC e o SMP - que entendemos serem ambos serviços públicos - devem ser compreendidos dentro de um regime jurídico que contemple o dever inescusável do Estado de responsabilizar-se pela sua prestação. Já vimos nas etapas anteriores que a Constituição e a Lei Geral de Telecomunicações contemplam a exploração desses serviços tanto direta quanto indiretamente por particulares, mediante concessão, permissão ou autorização. Qualquer que seja o prestador, estatal ou privado, o serviço oferecido deverá ajustar-se à supremacia do interesse da coletividade, pilar do Direito Público que rege o STFC e o SMP, como cima exposto, impondo uma prestação norteada pelas conveniências sociais, em detrimento de interesses dos interesses privados em qualquer caso de conflito. Surge daí o dever de prestar um *serviço adequado*.

A Lei de Telecomunicações é pródiga ao esmiuçar detalhes desse conceito indeterminado, citado expressamente em seu art. 2º, I. Seus artigos 2º e 3º, que prescrevem as obrigações do Poder Público e os direitos do usuário, fornecem-lhe os contornos quando mencionam a garantia de acesso aos serviços mediante tarifas e preços razoáveis – destacando-se portanto o componente econômico¹⁵⁰ – em benefício de toda a população brasileira, em todo o território, com incrementos de oferta e de qualidade compatível, regularidade, não discriminação, sigilo, isonomia e atendimento de reclamações, não suspensão da prestação no regime público salvo descumprimento de obrigação, dentre outros.

¹⁵⁰ Esse componente econômico ganha paulatinamente mais relevância quando se trata de fornecimento de bens a classes sociais menos favorecidas, expostas a percalços que afetem sua capacidade de adimplência e levam ao *superendividamento*, já tratado como fenômeno social dentro do Direito consumerista. A falta de pagamento, que ocasiona a inscrição em cadastros de inadimplentes, afasta a pessoa do mercado de crédito, privando-a de participar de um sem número de oportunidades de consumo que integram a vida moderna.

Importa-nos especialmente o tema da qualidade, ao qual se refere o princípio da regularidade, consagrado pelo constituinte no inciso I, do §3º, do art. 37 da Constituição¹⁵¹. Garante-se ali que o usuário participará das definições a respeito das reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços.

Avaliemos então a gênese dessas normas de qualidade do serviço. A participação dos usuários de telecomunicações, enquanto maiores interessados na sua prestação, está assegurada pelo art. 42 da Lei 9.472/97, que requer prévia consulta pública para edição de atos normativos, a qual deve ser divulgada no Diário Oficial da União. As críticas e sugestões recebidas, em linha com o princípio da motivação, devem ser examinadas e permanecer à disposição do público na biblioteca da Agência, que até vai mais longe e as coloca à disposição no seu sítio na internet. Esse procedimento de participação popular vem sendo formalmente acatado na edição de normas aplicáveis à qualidade das telefonias fixa e móvel.

Apesar do cumprimento dessa formalidade procedimental, a praxe das consultas públicas ainda parece longe dos ideais de participação popular dentro do modelo doutrinário que admite uma regulação que inove no ordenamento jurídico. Como é fácil constatar numa breve análise das minutas das normas, as propostas são lançadas à crítica dos interessados sem qualquer fundamentação ou justificativa para as escolhas que contemplam, como se resultassem de obra oracular, ou fossem óbvias, ou como se bastasse a autoridade técnica do órgão. Se há razões para tais escolhas, não foram expostas ao crivo popular, sem acatamento portanto ao princípio da publicidade da atividade administrativa, e em prejuízo da legitimação democrática que se pretende atribuir a essas normas.

Essa peculiaridade do processo de consulta pública pode ser facilmente constatada v.g. na Consulta Pública nº 395, de 18 de julho de 2002, com uma proposta de alteração de dispositivos do Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Móvel Pessoal (da Resolução nº 249). O conteúdo da Consulta Pública limita-se à descrição das alterações pretendidas, sem mais informações nem fundamentos:

Item I - Dar nova redação ao §1º do artigo 7º, conforme segue. “§1º Em nenhum caso, o atendimento deve se dar em mais de 60 (sessenta)

¹⁵¹ Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

segundos.”

Item II - Dar nova redação ao artigo 11, conforme segue: “Art. 11 A correspondência do Usuário, reclamação ou solicitação de serviços recebidos em qualquer Setor de Atendimento e Centros de Atendimento da prestadora, e que não possam ser respondidos ou efetivados de imediato, devem ser respondidos em até 5 (cinco) dias úteis, em 95% (noventa e cinco por cento) dos casos”.

Item III - Inserir o parágrafo único ao artigo 11, conforme segue: Parágrafo único: em nenhum caso, a resposta deve se dar em mais de 10 (dez) dias úteis.

Ainda para embasar essa mesma crítica, destacamos no Item III acima, que propõe uma limitação de tempo para resposta da prestadora às correspondências, reclamações ou solicitações, o deveria ocorrer em até cinco dias úteis. Deixando de lado a peculiaridade redacional de se manter um prazo no *caput*¹⁵² e propor outro prazo no parágrafo, subjaz aqui uma questão mais importante acerca do critério utilizado para propor tal prazo: na ocasião dessa consulta pública não se tinha notícia de qualquer pesquisa mercadológica, de opinião ou de referência de outros mercados, que diagnosticasse alguma certeza acerca da insatisfação dos usuários com o prazo praticado nas respostas das prestadoras. Reconhecemos entretanto os esforços da Agência em pesquisar qualitativamente a satisfação dos usuários, nos termos da Norma do Processo de Aferição do Grau de Satisfação da Sociedade com Relação ao Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), ao Serviço Móvel Pessoal (SMP) e aos serviços de televisão por assinatura, conforme aprovada *quatro anos mais tarde* por meio da Resolução nº 443, de 8 de agosto de 2006.

Nas respostas da Agência às críticas feitas durante as consulta públicas transparece um discurso mais pautado na autoridade, pouco preocupado em argumentar para convencer tecnicamente e em legitimar democraticamente. Nesse processo de crítica pública e resposta do Órgão, estabelecem-se debates apenas em torno dos aspectos impugnados. Se não houver impugnação, não haverá resposta do Órgão. A regra será presumida boa e entrará para o ordenamento positivo sem fundamentação nem discussão, por obra de um grupo restrito de tecnocratas (cujas boas intenções não se põem aqui em causa).

Essa constatação agrava-se diante do fato de que a participação popular nesse tipo de

¹⁵² “Art. 11. A correspondência do Usuário, reclamação ou solicitação de serviços recebidos em qualquer Setor de Atendimento e Centros de Atendimento da prestadora, e que não possam ser respondidos ou efetivados de imediato, devem ser respondidos em até 5 (cinco) dias úteis”. A aparente incongruência se resolve na métrica do indicador, que o relativiza, ou seja, define um percentual de atendimento dessa meta.

debate é bastante limitada. Comuns são as contestações das próprias prestadoras interessadas, marcando-se então o debate com um certo maniqueísmo, ou seja, recusadas as idéias da Agência, sobra aceitar as alternativas antagônicas, propostas pelas prestadoras que defendem legitimamente uma pauta de interesses privados. Raros são os órgãos públicos, associações de consumidores ou usuários, PROCONs que contribuem. Forçoso reconhecer, diante desse cenário, que o procedimento das consultas públicas da ANATEL aproxima-se das concepções doutrinárias denunciadas como Cavalos de Tróia do Estado de Direito.

Feitas essas considerações preliminares sobre o processo de criação dessas obrigações de desempenho de qualidade, examinemos agora algumas regras sobre qualidade nas telefonias fixa e móvel, que guardam muitas semelhanças entre si, com destaque daqueles aspectos em que se invoca o exercício da discricionariedade. Não objetivamos neste trabalho criticar essa ou aquela meta ou métrica especificamente, que pareçam *per si* equivocadas, muito embora nossas análises possam apontar nesse sentido. Concentramo-nos tão somente no uso da discricionariedade nas suas definições, o que somente poderá ser feito por meio de análise do manejo feito pelo regulador das circunstâncias de fato presentes em cada tema, sob a luz dos conceitos jurídicos indeterminados contidos no tema da qualidade. Por esse motivo será necessário algum aprofundamento em detalhes técnicos que, entretanto, não devem turvar a perspectiva jurídica.

12 - Qualidade e preço

Destacamos inicialmente que as metas de qualidade impõem para as prestadoras do serviço, direta ou indiretamente, ônus econômicos para seu atendimento. Quando, *exempli gratia*, a norma regulamentar define que as ligações aos serviços de atendimento ao cliente (SAC, *Call Center*) da prestadora devem ser atendidas em até 10 (dez) segundos, no Período de Maior Movimento, em 95% dos casos, e que esse atendimento não poderá tardar mais do que um minuto, a Agência está na verdade impondo uma obrigação de dimensionamento mínimo desse aparato de atendimento (no SMP, art. 7 do PGMQ da Resolução nº317; para o STFC, art. 17 do PGMQ da Resolução nº 341). Uma pequena variação percentual nesse indicador ou no tempo máximo para atendimento implica enormes variações no investimento, para mais ou para menos, em tamanho das equipes e estrutura física para viabilizar esse desempenho.¹⁵³

A definição de percentuais de atendimento e dos tempos máximos decorrem de escolhas discricionárias da Agência. A mesma lógica está presente nos vários outros indicadores de qualidade, por meio de parâmetros mínimo e máximo para o desempenho, como é o caso das metas de atendimento a pedidos de reparo, mudanças de endereço e estabelecimento de chamada. Interessante notar que, à guisa de regular o atendimento pessoal ao usuário, impõe-se para a prestadora do serviço de telefonia fixa a obrigação de criar filiais e nelas montar postos de atendimento aos usuários (Res. nº417, anexo, art. 61), onde se pressupõe o deslocamento do usuário a um estabelecimento da prestadora, no qual deverá permanecer em filas de espera, o que parece paradoxal numa prestação de serviço de comunicação à distância, mesmo sem considerarmos os desafios inerentes à criação e ao funcionamento eficiente de equipes polivalentes de atendimento.

Certamente poder-se-á argumentar que tais parâmetros representam uma expectativa razoável sobre cada uma dessas metas de qualidade, ou seja, indicam valores ou desempenhos

¹⁵³ A definição das dimensões de um centro de atendimento pode ser obtida com o uso da Teoria das Filas, ramo da probabilidade que estuda a formação de filas por meio de análises de suas propriedades mensuráveis e de análises matemáticas, para prover modelos que demonstrem previamente o comportamento de um sistema que oferece serviços cuja demanda cresce aleatoriamente, tornando possível dimensioná-lo de forma a satisfazer os clientes e ser viável economicamente para o provedor do serviço, evitando desperdícios e gargalos.

que não estão na zona de certeza negativa de aplicação desse conceito indeterminado, a “qualidade”. Nessas definições devemos nos questionar por que não buscar sempre o máximo, ou seja, estabelecer como meta nada menos do que a excelência absoluta ou, em outras palavras, por que regular pelo mínimo se a qualidade máxima será sempre melhor? Alguns aspectos desse dilema podem ser dissecados na observação da própria dinâmica da prestação do serviço.

Como ressaltado anteriormente, o financiamento do cumprimento das obrigações de qualidade dá-se pelo próprio serviço, ou seja, por meio da remuneração auferida dos usuários com a própria prestação. As características da prestação exigidas a título de qualidade, impondo padronizações ao longo da cadeia produtiva, refletem-se, portanto, diretamente no custo do serviço e, por conseguinte, no valor cobrado ao usuário. Daí tira-se uma conclusão evidente e inexorável: qualidade custa. Elevados padrões de qualidade tendem a impor preços elevados, que até podem se reduzir em mais longo prazo por conta da evolução tecnológica e da competição. No curto prazo, entretanto, a existência ou a criação de novos ônus ao serviço, tal como na criação de novos tributos ou majoração de alíquotas, eleva o preço quase uniformemente e significa, para o usuário, um prejuízo nas possibilidades de escolha entre as opções que compõem o binômio de custo e benefício, no qual uma qualidade extraordinária nem sempre implicará o melhor resultado nessa relação. O princípio da razoabilidade da atividade administrativa determinará, conjuntamente com uma motivação aprofundada do órgão regulador acerca de custos impingidos ao serviço, que a definição do padrão de qualidade resulte da reavaliação constante dessa equação.

Aparentemente essa avaliação crítica de custo e benefício vem sendo feita nas duas telefonias pela ANATEL, que relegou à competição vários aspectos da qualidade do serviço. Não há nos respectivos regulamentos normas que disciplinem, por exemplo, a velocidade da transmissão de dados de internet. A própria competição cuidou de ofertar diferentes alternativas, com maiores e menores taxas de transmissão, com preços diferenciados. Houvesse uma norma de qualidade padronizando apenas as altas velocidades, coibindo as menores, os usuários, que se contentam com baixas velocidades e conexões mais lentas, deveriam pagar preços maiores, ou seja, não haveria velocidades menores à disposição.

13 - Metas e Métricas – conceituação e crítica

Em vista das normas editadas pela Agência de Telecomunicações, lidamos dois grupos de conceitos: metas e métricas.

As “metas” de qualidade nada mais são do que um conjunto de conceitos sobre determinadas características da prestação do serviço que, associados a valores ou índices matemáticos, expressam um determinado nível de desempenho na sua prestação. Conforme o atributo de qualidade investigado, a excelência da respectiva meta pode associar-se ou à redução do índice, até o limite de zero (zero falhas, zero ruído, zero demora, etc.), ou à sua maximização (máximo de atendimento, máximo de velocidade de transmissão, etc.), até 100% ou, no limite, ao infinito.

De outro lado figuram as metodologias para aferir essas metas, que neste trabalho denominamos “métricas”. Nesse segundo conceito estão compreendidos os ferramentais matemáticos que transformam as informações coletadas na prestação do serviço em índices que serão comparados com as metas definidas nas normas da Agência. Esse ferramental inclui algoritmos variados, que incluem desde a mera contagem, passando pela elaboração de índices e médias, que em alguns casos levam em consideração algum tipo de ponderação relacionada a características físicas da prestação (fragmentação de territórios, áreas de numeração, etc.).

No que diz respeito ao Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC – vigoram duas normas específicas editadas pelo órgão regulador: (i) a Resolução nº 417 da ANATEL, de 17 de outubro de 2005, resultante do processo da Consulta Pública nº 602, de 25 de fevereiro de 2005, que aprovou o Regulamento que estabelece as definições, métodos e frequência de coleta de informações, consolidação e envio à Agência dos indicadores de qualidade prescritos no (ii) Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Telefônico Fixo Comutado – PGMQ - STFC, aprovado pela Resolução nº 341, de 20 de junho de 2003, resultante da Consulta Pública nº426, de 26 de dezembro de 2002.

No Serviço Móvel Pessoal – SMP – vigoram o (i) Regulamento de Indicadores de Qualidade do SMP, aprovados na Resolução n.º 335, de 17 de abril de 2003, conforme a Consulta Pública n.º 373 de 04 de abril de 2002, estabelece as definições, métodos e frequência de coleta, consolidação e envio à Agência dos indicadores de qualidade cujas metas definidas foram no (ii) Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Móvel Pessoal – PGMQ-SMP, aprovado pela Resolução n.º 317, resultante da Consulta Pública n.º 395, de 18 de julho de 2002.

Como focamos nosso trabalho em metas e métricas, deixamos de avaliar alguns aspectos da qualidade que não estão submetidos a esse ferramental de avaliação e medição. Na telefonia móvel a ANATEL definiu que a exploração do SMP deve ocorrer na faixa de frequência de 1,8GHz, remetendo os prestadores do serviço à tecnologia GSM, ou seja, houve uma escolha discricionária que condicionou a qualidade do serviço a essa tecnologia que, por exemplo, apresenta um dado padrão de distorção de voz, diferente do de outras tecnologias. A regulamentação da Agência não põe meta nem métrica para o nível de distorção de voz; simplesmente admitiu-a: fica portanto fora de nosso escopo. Também ficam fora de nossas análises outros aspectos da qualidade, como algumas exigências do Regulamento do SMP, nos termos aprovados pela Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2007. Citamos a título de exemplo a ampliação dos prazos de validade do crédito de valor razoável para uso de telefones pré-pagos (art. 62), que a competição aliás já alargou e ultrapassou: não há uma métrica que suscite a discricionariedade. Tampouco se tratará aqui do uso da discricionariedade na definição de preços para alguns tipos de chamadas: gratuitas para determinados serviços de emergência, ou pagas segundo critério extracontratual nas chamadas a números do tipo 0300.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Os serviços ditos 0300 merecem um estudo separado. Inicialmente concebido para que a Receita Federal pudesse oferecer atendimento telefônico aos contribuintes sem arcar com os altos custos de um serviço 0800 (ligação gratuita), as ligações para esses números 0300 são tarifadas segundo um critério único, que se superpõe e desconsidera o valor definido no contrato celebrado com o usuário. Não raro, o usuário paga por uma chamada sem se aproveitar da franquia que contratou para uso do serviço, numa violação evidente do seu direito de livre escolha.

14 - As metas

Na telefonia fixa as metas de qualidade, definidas pela Agência de Telecomunicações nas normas aludidas anteriormente, podem ser assim agrupados:

- Qualidade referente a completamento de chamadas, que expressam uma relação matemática entre a quantidade de chamadas e o número total de tentativas válidas de originar tais chamadas, num dado período.

1. Chamadas Locais Originadas Completadas
2. Chamadas de Longa Distância Nacionais Originadas Completadas
3. Chamadas de Longa Distância Internacionais Terminadas Completadas
4. Completamento de Chamadas ao Centro de Atendimento
5. Chamadas Locais Originadas Não Completadas por Congestionamento
6. Chamadas de Longa Distância Nacionais Originadas Não Completadas por Congestionamento
7. Chamadas de Longa Distância Internacionais Terminadas Não Completadas por Congestionamento

- Qualidade referente ao atendimento às solicitações de reparo, que refletem uma relação entre os pedidos de reparo e a quantidade de acessos em serviço

8. Número de Solicitações de Reparo
9. Número de Solicitações de Reparo de Telefones de Uso Público
10. Atendimento de Solicitações de Reparo de Usuários Residenciais
11. Atendimento de Solicitações de Reparo de Usuários Não Residenciais
12. Atendimento de Solicitações de Reparo de Usuários que são Prestadores de Serviços de Utilidade Pública, de Prontos-Socorros e de Posto de Saúde
13. Atendimento de Reparo de Telefones de Uso Público em Regiões Remotas ou de Fronteira por Falha de Fruição Detectada por Sistema de Supervisão da prestadora ou por Solicitação de Reparo

14. Atendimento de Solicitações de Reparo de Telefones de Uso Público Instalados em Regiões Não Caracterizadas Como Remotas ou de Fronteira

15. Reparo de Telefones de Uso Público Instalados em Regiões Não Caracterizadas Como Remotas ou de Fronteira por Falha de Fruição Detectada por Sistema de Supervisão da prestadora

- Qualidade referente ao atendimento ao usuário, expressa em tempo, modo ou em desempenho da prestadora

16. Atendimento às Solicitações de Serviço de Mudança de Endereço Usuários Residenciais

17. Atendimento às Solicitações de Serviço de Mudança de Endereço de Usuários Não Residenciais

18. Atendimento de Solicitações de Serviço de Mudança de Endereço de Usuários que são Prestadores de Serviços de Utilidade Pública, de Prontos-Socorros e de Postos de Saúde

19. Atendimento por Telefone ao Usuário

20. Atendimento à Correspondência do Usuário

21. Atendimento Pessoal ao Usuário

22. Informação do Código de Acesso do Usuário

- Qualidade referente à cobrança pela prestação do serviço, expresso em tempo ou em desempenho da prestadora

23. Número de Documentos de Cobrança com Reclamação de Erro

24. Número de Contas Contestadas com Crédito Devolvido

25. Entrega do Documento de Cobrança ao Assinante

- Qualidade referente à digitalização da rede, refletindo um percentual de terminais digitais (não analógicos) em relação ao total de terminais

26. Modernização de Rede

No Serviço Móvel Pessoal – SMP – vigoram metas que podem ser assim agrupadas:

- Qualidade referente à percepção do serviço, expresso como relação entre as reclamações e a quantidade de acessos em operação

1. Taxa de Reclamações;
2. Taxa de Reclamação de cobertura e de Congestionamento de Canal de Voz por 1000 (mil) Acessos em operação;

- Qualidade referente ao funcionamento do serviço, expressa como relação percentual de chamadas telefônicas afetas ao respectivo indicador

3. Taxa de Chamadas Completadas para os Centros de Atendimento;
4. Taxa de Atendimento pela Telefonista/ Atendente em Sistemas de Auto-Atendimento;
5. Taxa de Chamadas Originadas Completadas;
6. Taxa de Estabelecimento de Chamadas;
7. Taxa de Queda de Ligação;

- Qualidade referente ao relacionamento com o usuário

8. Taxa de Resposta ao Usuário;
9. Taxa de Resposta aos Pedidos de Informação;
10. Taxa de Atendimento Pessoal ao Usuário;
11. Taxa de Atendimentos Relativos a Contas por 1000 (mil) Contas Emitidas;
12. Taxa de Recuperação de Falhas / Defeitos.

Chama-nos a atenção o fato de que todas essas metas decorrem de decisões do órgão regulador que partem de alguns poucos conceitos jurídicos indeterminados, que constam da Lei nº9472/97, cujos primeiros artigos citam a tarifas e preços “razoáveis”, “condições adequadas”, “benefício da população”, “diversidade dos serviços”, “qualidade e regularidade compatíveis”, “ambiente competitivo”, “harmonia com desenvolvimento do país”. Simplesmente não há no texto legal qualquer menção à especificidade de qualquer desses indicadores de qualidade. A riqueza de detalhes de todos eles decorre portanto do uso da

discricionariedade administrativa pelo Regulador.

Destaca-se nesse conjunto de metas a predominância de quesitos de avaliação voltados para o “processo fabril” da ligação telefônica, alinhando-se parcialmente à conceituação de qualidade proposta pelas normas ABNT ISO 9000. A discricionariedade do Administrador preferiu avaliar estatisticamente os principais aspectos técnicos do funcionamento do sistema, quais sejam, aqueles que medem a capacidade e a eficiência do sistema para permitir que um usuário “A” converse por telefone com o usuário “B”. Nenhuma doutrina sobre qualidade negará a importância dessas metas a respeito do “processo fabril”, mas sua predominância em relação a metas relacionadas a aspectos “não fabris” merece ser posta em causa, como se verá a seguir.

Observando essas metas de um ponto de vista mais afastado, será fácil perceber que a maioria delas acaba por medir a capacidade de as empresas prestadoras de cobrarem pelo serviço. Ao medirmos o estabelecimento e completamento de chamadas, quedas de ligação, ou mesmo a emissão de contas sem erros, avalia-se em resumo a capacidade da empresa de permitir a boa fruição do serviço pelo usuário que pagará por ele. A própria empresa terá o maior interesse em aprimorar-se: por razões absolutamente óbvias, não serão necessários incentivos ou ameaças de sanções estatais para motivá-la a cobrar melhor e por mais serviços prestados a seus usuários. Em outras palavras, andou mal a discricionariedade administrativa ao concentrar-se em aspectos cujo aprimoramento da qualidade reflete o mais básico interesse do prestador, qual seja, auferir resultados econômicos.

Não queremos com isso defender a idéia de que o investimento em qualidade seja prioritário para a prestadora, em detrimento de publicidade, de subsídios diretos ao usuário, de expansão pura e simples das plataformas que sustentam a prestação do serviço, ou da ocupação de lacunas mercadológicas que não podem ser deixados ao competidor. Tampouco defendemos que tal investimento seja rápida ou eficientemente transformado em resultados favoráveis, sobretudo naqueles aspectos da qualidade que dependem do treinamento de grandes contingentes de pessoas. É inegável que há infrações às obrigações de qualidade, ou seja, que as prestadoras de serviço cometem atentados contra seus próprios interesses ao descuidarem dessa matéria, mas nos parece precipitado presumir daí que o descato sistemático da qualidade seja uma premissa da condução e da sobrevivência do negócio. Nossa crítica apenas aponta para o fato de que as prestadoras no longo prazo buscariam esses

objetivos de qualidade de moto próprio.

Uma diferença louvável merece destaque na norma sobre qualidade “fabril” na telefonia móvel em relação à telefonia fixa. Para a prestadora de telefonia celular existem dois indicadores peculiares que avaliam o grau de cobertura e de congestionamento das redes. Tais indicadores refletem a presença do investimento na expansão dos equipamentos de prestação do serviço e da sua capacidade. O primeiro deles informa sobre a existência do sinal da radiofrequência que dá suporte ao serviço; o segundo, a capacidade desse mesmo sistema de estabelecer uma chamada com base nessa radiofrequência disponível. Didaticamente, na falta de cobertura, o aparelho celular simplesmente não capta o sinal advindo da torre de transmissão, que está muito distante; no congestionamento o aparelho celular capta o sinal, eventualmente até de modo pleno, mas não consegue estabelecer a ligação porque toda a capacidade de processamento já está comprometida com chamadas em curso.¹⁵⁵

Tais indicadores fazem todo o sentido na avaliação daqueles serviços cuja estrutura de prestação se começa a implantar. Esse é o caso da telefonia móvel, onde o Administrador bem empregou a discricionariedade ao focar tais metas. Incide aqui o aspecto técnico que embasa a discricionariedade para definição dos seus modos de medição. Muito embora date comercialmente no Brasil da última década do século XX, a evolução das tecnologias de transmissão, algumas escolhas técnicas da ANATEL e a competição determinaram a substituição sucessiva das plantas de prestação de serviços, de modo que o problema do esforço “inicial” de cobertura se repetiu algumas vezes ao longo desses poucos anos.¹⁵⁶ A

¹⁵⁵ Esse tipo de problema também existiu na telefonia fixa. Sobre seus primeiros momentos relata-se a existência da figura do “boy de telefone” nas matrizes de empresas localizadas nas grandes cidades. Esse funcionário ficava ao lado do aparelho de telefone (existência de cobertura) esperando que surgisse o sinal de linha (congestionamento). Quando finalmente se ouvia o sinal, esse empregado fazia uma chamada para uma filial da empresa que, uma vez completada, ficava por todo o dia ligada, de modo que qualquer comunicação entre esses estabelecimentos se desse por meio dessa única chamada, agravando o problema de congestionamento por comprometer um recurso que poderia ser sistemicamente compartilhado ao longo do período.

¹⁵⁶ Primeiramente, na implantação dos sistemas no seio das empresas estatais, usou-se a tecnologia analógica (AMPS). As duas tecnologias digitais (TDMA e CDMA) que sucederem o sistema analógico não eram retrocompatíveis, ou seja, grande parte do equipamento transmissor e o aparelho celular que funcionam nas novas tecnologias não funcionavam na antiga tecnologia. Houve então um período em os usuários possuíram aparelhos ditos duais (*dual mode*), ou seja, num único objeto havia dois telefones, um analógico e um digital. Depois advieram outras tecnologias, umas retrocompatíveis (CDMA 1xRTT e EV-DO) e outras não (GSM, WCDMA). A decisão da Agência para escolha da tecnologia que seria empregada na dita Terceira Geração da telefonia celular foi talvez um dos mais acalorados debates técnicos nas telecomunicações brasileiras, contendendo-se de um lado os defensores do padrão europeu, do GSM/WCDMA, vencedor, e de outro lado os

discricionarieidade administrativa até poderia prescindir desses indicadores se o Regulador entendesse que a telefonia móvel fosse uma mera comodidade, quase supérflua para a sociedade. Como, pelo contrário, havia um interesse do Estado na rápida e eficiente disseminação do serviço na sociedade, e tendo em vista a adesão maciça da sociedade ao serviço, esses dois indicadores técnicos de cobertura e congestionamento se tornaram inescapavelmente necessários.

do padrão norte-americano, do CDMA, que sucumbiu.

15 - O ônus das metas

As regras da telefonia fixa e móvel seguem a mesma lógica em vários aspectos. Embora essas normas reiterem que todos os custos relacionados com o cumprimento das metas previstas nos respectivos Planos de Metas de Qualidade serão suportados exclusivamente pelas prestadoras (no STFC, art. 3 do anexo da Res. nº417; no SMP, art. 3, §1º do anexo da Res. nº 335), é preciso lembrar que as concessionárias do STFC estão protegidas pelo direito constitucional à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, ao passo que suas concorrentes autorizadas no STFC e todas as prestadoras de SMP carecem dessa garantia, por força do regime privado de exploração do serviço, preconizado pela Lei Geral de Telecomunicações.

Se, com base nesse tipo de disposição criada pelo próprio Regulador, o Órgão acredita que pode definir e impor discricionariamente novas metas de qualidade que signifiquem ônus novos e capazes de afetar esse equilíbrio do concessionário, eximindo-se da obrigação de reequilibrá-lo, então a ANATEL não inovará apenas em relação à lei, mas também em relação à Constituição que assegura esse direito. Parece-nos mais um exagero retórico a enredar a discricionariedade. Muito embora o deferimento do reequilíbrio aos concessionários seja lícito, com a oferta de um bônus que compense os novos ônus, haverá possibilidade de ocorrerem distorções na competição com os autorizados.

Será forçoso reconhecer uma indesejável assimetria no tratamento dado aos prestadores em regimes público, de um lado, e privado, de outro, criada v.g. por força de decisão judicial que recomponha o equilíbrio econômico-financeiro dos primeiros. Nessa situação entraria o Estado como ente de desestabilização da competição, ao socorrer apenas a uns no cumprimento de obrigações que se impõem a todos, que prestam um mesmo serviço.

16 - As métricas

Para subsumir uma dada característica física de um bem qualquer à norma que a qualifique juridicamente, para impor-lhe a sanção prescrita, passa-se necessária e previamente pela etapa da verificação, da constatação, da ocorrência da hipótese legal. Nessa tarefa de apuração de uma característica de um determinado objeto de estudo, devemos medi-lo. Diante de um conjunto de bens, dos quais se deseja verificar uma mesma característica, meçam-se todos eles, um a um.

A vida confronta-nos entretanto com um desafio. Como fazer essa medição se o conjunto desses bens alcança a casa dos milhões ou bilhões de unidades, ou se o próprio ato de medir danifica ou consome o objeto de medição? São milhões de litros de combustível, de água, de leite, toneladas e mais toneladas de bolachas, sorvetes, rações, bilhões de chamadas telefônicas, bilhões de lançamentos em contas bancárias, milhões de metros de tecido, de comprimidos para dor de cabeça, de seringas descartáveis, de livros escolares. Socorre-nos aqui a Estatística, disciplina do conhecimento que utiliza teorias probabilísticas. Por meio da obtenção, organização e análise de dados, a Estatística permite determinar as correlações e nexos causais entre eventos, descrevendo-os, explicando-os e prevendo-os.¹⁵⁷

Dois métodos da Estatística podem ser empregados nessa tarefa, inclusive simultaneamente. A Estatística Descritiva estuda métodos e ferramentas de coleta de dados e modelos matemáticos, para descrevê-los e interpretá-los. A Estatística Inferencial propõe sistemas e técnicas para apreender características desconhecidas de um universo a partir de uma amostra dele retirada. Uma vez conhecidas essas características da amostra, suas informações refletirão com uma dada margem de erro as características do universo, o que permitirá em síntese tomar decisões. Interessa-nos particularmente uma peculiaridade desse ferramental estatístico: recomenda-se não atribuir uma dada característica do universo, obtida

¹⁵⁷ A estatística é uma ciência que estuda e pesquisa sobre o levantamento de dados com a máxima quantidade de informação possível para um dado custo; o processamento de dados para a quantificação da quantidade de incerteza existente na resposta para um determinado problema; a tomada de decisões sob condições de incerteza, sob o menor risco possível. MATSUSHITA, Raul Yukihito. *O Que é Estatística?*. www.unb.br/ie/est/complementar/estatistica.htm, acesso em novembro de 2009.

por inferência estatística, para cada um dos seus elementos, especialmente quando a análise se verte sobre um universo composto por uma quantidade infinita de elementos.

A Estatística, especialmente com suas ferramentas inferenciais, está presente nas normas da ANATEL sobre qualidade do STFC e do SMP, consolidando as informações segundo critérios técnicos e geográficos (área de numeração, central telefônica, ponderações em função da quantidade de usuários, etc.). Na prestação de informações à Agência, preserva-se sempre a memória do cálculo que levou ao resultado, com a abertura da ponderação de tais critérios. Evita-se com isso que eventuais problemas na prestação em dado fragmento da amostra sejam obliterados por uma satisfatória estabilidade ou excelência no restante desse universo de análise. Assegura-se desse modo para o Regulador uma visão panorâmica e ao mesmo tempo detalhada da qualidade ofertada ao usuário, o que lhe serve de motivação para exigir relatórios específicos, diagnóstico, planos de ações para o atendimento das metas (no SMP, art.6, anexo da Res. nº335; no STFC, art. 5, §3º, do anexo da Res. nº417).

De outro modo não poderia ser, em virtude da magnitude do universo de pesquisa, motivo pelo qual a Agência Reguladora discricionariamente bem emprega essas ferramentas estatísticas para calcular os indicadores. Padroniza-se assim o comportamento da Agência e dos administrados quando se tratar da realização desses cálculos, alinhando-se o Regulador nesse aspecto específico com a doutrina mais restritiva a respeito do exercício do poder normativo, como já tratado anteriormente.

Definida a maneira de fazer a conta, prestará resultado por ela indicado? Apenas a prática e a consolidação de um histórico de resultados poderão confirmar ou infirmar a propriedade dos aludidos critérios técnicos e geográficos, agregados ao ferramental estatístico, em vista dos objetivos pretendidos. A experiência poderá indicar, hipoteticamente, que a ponderação de um dado indicador por área local dilui excessivamente uma fragilidade da prestação do serviço em relação ao todo, tornando-a imperceptível ou incapaz de motivar um sancionamento. O reconhecimento desse fato impõe ao Administrador a obrigação de reconsiderar criticamente tais critérios, com base na experiência, para adaptá-los à finalidade normativa, ou seja, a melhor solução que a discricionariedade administrativa deve oferecer poderá não ser única nem imutável ao longo do tempo, cabendo ao Administrador buscá-la permanentemente. Não merece portanto qualquer crítica desfavorável a constante reedição das

normas de qualidade, até porque corresponde ao incessante processo de debate sobre qualidade.

17 - Coleta e tabulação de informações

Nos dois serviços de telefonia prevalece um procedimento comum para aplicação das métricas de aferição dos indicadores de qualidade. No SMP, a coleta, a consolidação e o envio à ANATEL das informações relativas a todos os indicadores definidos neste Regulamento, constituem obrigação da própria prestadora (art. 3, Res. nº335). No STFC, conforme o art. 5 do respectivo regulamento (Res. nº417), as próprias prestadoras coletam, tabulam, fazem o cálculo, consolidam e enviam à ANATEL. Esse fato chama a atenção pois toda essa atividade de aferição dos fatos, a partir dos quais se apurarão resultados da qualidade, implica necessariamente na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados pelas próprias prestadoras do serviço. Vejamos alguns exemplos emblemáticos da telefonia móvel, conforme a Resolução nº317:

Art. 4º A relação entre o número total de reclamações e o número total de Acessos em Operação, no mês, não deve ser superior a:

I - 2,0% (dois por cento), a partir de 31 de dezembro de 2001; e

II - 1,0% (um por cento), a partir de 31 de dezembro de 2002.

Art. 5º A quantidade total de reclamações de cobertura, acrescida do número de reclamações de congestionamento de canal de voz por 1000 (mil) Acessos em Operação, no mês, não deve ser superior a:

I - 6 (seis), a partir de 31 de dezembro de 2001; e

II - 4 (quatro), a partir de 31 de dezembro de 2002.

[...]

Art. 11. A correspondência do Usuário, reclamação ou solicitação de serviços recebidos em qualquer Setor de Atendimento e Centros de Atendimento da prestadora, e que não possam ser respondidos ou efetivados de imediato, devem ser respondidos em até 5 (cinco) dias úteis, em 95% (noventa e cinco por cento) dos casos.

[...]

Parágrafo único. Em nenhum caso, a resposta deve se dar em mais de 10 (dez) dias úteis.

A respeito das taxas de reclamação, a classificação de uma determinada demanda do usuário como *reclamação* ou como mera *solicitação* de informação é feita pela própria prestadora do serviço, objeto da fiscalização.¹⁵⁸ Considerando o fato de que a maioria dos atendimentos ocorre por via telefônica nas centrais de atendimento, essa filtragem será afetada

¹⁵⁸ É comum que esse trabalho seja feito por um subcontratado da prestadora de telefonia, o que por si só suscita dúvida relevante: um contratado, dependente economicamente do contratante, incumbe-se de delatá-lo ao poder sancionador.

por eventuais dificuldades de expressão, pelo tom de voz, pelos regionalismos e vocabulário do usuário e, na outra ponta da comunicação, pelo entendimento do atendente para todas essas informações, e até pelo modo como os sistemas de processamento da prestadora absorvem e processam as informações obtidas nessa conversa. Todos esses fatores influenciam a tipificação que será dada à fala do cliente, afetando e alterando então o resultado da subsunção, caso seja uma reclamação, enquanto irresignação contra algo, ou meramente um pedido de informação factual que precede uma demanda específica.

Exemplificativamente, a respeito dessa dificuldade, o que significará a seguinte mensagem hipotética de um usuário: “*Quero uma previsão de horário para restabelecimento do serviço*”. Será reclamação ou um pedido de informação? Noutro caso bastante recorrente, a repetição de uma mesma reclamação, antes do prazo regulamentar para resposta, deve ser contada uma ou duas vezes para efeito de cálculo? Igualmente, sobre a eficiência nas respostas aos usuários, conforme a outra regra supramencionada, competirá à prestadora a identificação de quais solicitações podem ser respondidas de pronto e quais devem ser remetidas a um processo cuja resposta poderá tardar até dez dias.

Nas três hipóteses, a decisão de classificação do fato, que servirá à subsunção jurídica, será tomada, como vimos, pela própria prestadora fiscalizada. Muitas vezes essa decisão caberá a um funcionário do fornecedor terceirizado que presta serviço de atendimento para essa prestadora. Há portanto uma subordinação da fiscalização ao discernimento do prestador. E se houver uma terceirização dos serviços de atendimento, muito comum nesse mercado, a fiscalização fica subordinada não apenas ao discernimento da prestadora, como também aos ditames do contrato de prestação de serviço entre prestadora e esse fornecedor.¹⁵⁹

Tal subordinação da fiscalização para verificação e apuração das características de qualidade exigidas enreda-se no tema da polícia administrativa, que corresponde, como vimos, às ações estatais de concretização dos condicionamentos legalmente previstos ao

¹⁵⁹ Essa lógica de fiscalizar a subsunção feita pelo próprio fiscalizado é familiar no Direito Tributário, onde existe a figura do lançamento fiscal por homologação. O contribuinte faz sua escrituração fiscal e com base nela paga o tributo. O Erário, *a posteriori*, pode contestar essa escrituração e autuar o contribuinte. Sob esse prisma, diferem-se a qualidade da telefonia e a escrituração fiscal por homologação na medida que esta última é fartamente regulada em todos os seus pormenores e gera farta documentação (obrigações fiscais acessórias), franqueando ao Fisco enorme capacidade de avaliação e crítica, mesmo muito tempo depois de ocorrido o fato gerador. Isso não ocorre na telefonia, pois o conteúdo dos registros técnicos da prestação do serviço são

exercício de direitos dos entes privados, a fim de compatibilizá-los com o interesse público e o bem estar social.¹⁶⁰ Tratamos de atos jurídicos expressivos do poder intrínseco do Estado, provimentos de natureza puramente jurídica que visam reprimir e sancionar condutas desconformes. Conforme preleciona Adilson DALLARI, os atos preparatórios mais simples ou mecânicos que antecedem a atividade estatal podem ser praticados por particulares, mediante delegação ou um simples contrato de prestação de serviço. Nessas situações a relação entre Poder Público e Administrado continua direta, não se interpondo entre ambos esse terceiro, que apenas atua em favor do Estado numa atividade denominada “credenciamento”. Diferenciam-se portanto a emissão de um ato jurídico administrativo, que enquadra o administrado na subsunção, da outra atividade, mais técnica, de mera constatação, realizada pelo terceiro. “Esta última atividade, de natureza instrumental, pode ser delegada; a primeira [...] é exclusiva de órgão dotado de fé pública, de prerrogativas inerentes ao poder público”.¹⁶¹

Sob a luz desses esclarecimentos doutrinários é forçoso reconhecer a diferença abissal entre, de um lado, os atos jurídicos privativos do Estado, que culminam num provimento administrativo plenamente regido pelo Direito Público, e de outro lado dos atos de mera instrumentalidade, preparatórios, antecedentes ou de mera averiguação de circunstâncias ou fatos. O mais mezinho exemplo dessa diferença entre ato meramente preparatório e ato de Estado – e da possibilidade de que um particular pode realizar apenas o primeiro desses atos, mas não o segundo – reside na multa de trânsito: uma máquina (o radar operado por um particular contratado pela autoridade de trânsito) constata o excesso de velocidade, mas apenas uma Autoridade Pública subsume esse fato à norma, para aplicar a sanção de multa com base nessa constatação. O operador do radar apenas fornece ao Estado um elemento de fato que permite a emissão do ato administrativo sancionatório. A infração de trânsito não gera entre tal operador do radar fotográfico e o motorista infrator qualquer relação jurídica, continuando o Poder Público titular exclusivo do direito de sancionar-lhe a conduta faltosa.

minimamente regulados.

160 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Eletrônica de Direito de Estado*. Salvador:, n. 7 julho/setembro de 2006. Disponível em www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-JULHO-CELSONANTONIO.pdf, acesso em 8/07/2009.

161 DALLARI, Adilson. Credenciamento. In BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (organizador). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 30.

Nas normas de qualidade da ANATEL, ora em análise, sua discricionariedade remeteu uma parte intrínseca e essencial do poder de polícia do Estado ao próprio fiscalizado. Nisso pecou a Administradora, pois em nenhuma das doutrinas visitadas sobre a discricionariedade administrativa se encontra qualquer defesa ou suporte para que o administrado use a liberdade de decisão que cabe ao Poder Público para aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, nem que a competência legal para o uso da discricionariedade poderá ser transferida para exercício pelo administrado.

18 - Período de Maior Movimento

Dentre essas regras de coleta de informações voltamos-nos para um conceito criado pelo próprio regulador. No assim denominado “Período de Maior Movimento – PMM”, definido discricionariamente, elegem-se os lapsos de tempo em que a Prestadora deve coletar informações sobre o período de medição, para fins de cálculo dos indicadores de qualidade. No STFC, conforme o Anexo da Res. nº417, no art. 12 das definições, esse Período de Maior Movimento vai das 9 horas às 11 horas (matutino) e das 20 horas às 22 horas (noturno). No SMP, conforme o art. 2 do anexo da Res. nº317, são três os PMM: das 9 horas às 11 horas (matutino), das 14 horas às 16 horas (vespertino) e das 20 horas às 22 horas (noturno). Apontamos *en passant* uma inexplicável diferença entre SMP, serviço prestado no regime privado da LGT, onde essa variável aponta maior rigor, em compasso com uma maior frouxidão aplicada ao STFC, enquadrado como serviço público pelo Plano Geral de Outorgas.

Esses horários de coleta de dados aplicam-se a vários indicadores dos dois serviços ora estudados (Chamadas Completadas para os Centros de Atendimento, Atendimento pela Telefonista, Chamadas Originadas Completadas, Estabelecimento de Chamadas, Queda de Ligação, etc.). Em alguns casos, a definição restringe-se ainda mais, ou seja, mede-se o desempenho em apenas em determinados dias do período de avaliação.

A definição desses Períodos de Maior Movimento parte de algumas premissas que somente podem ser acatadas com ressalvas significativas. Pressupõe-se primeiramente que a amostra retirada do universo em tais horários será representativa de todo o universo, ou seja, que as pessoas que usam o serviço no período matutino são equiparáveis àqueles que usam o serviço nas primeiras horas da manhã ou no início da madrugada. Se esses três grupos forem eventualmente diferentes por qualquer motivo relacionado ao serviço, o que nos parece muito razoável (duração da chamada, causas predominantes para uso do telefone, perfil de uso dos serviços acessórios, etc.), a definição do PMM acabará por excluir alguns grupos ou perfis de usuários da amostra da medição, ou seja, põe-se em causa a fiabilidade estatística dos resultados.

A outra premissa assenta-se na crença de que o prestador, sobretudo naqueles

indicadores de qualidade referentes aos seus serviços de atendimento ao usuário, não concentrará esforços e recursos durante os horários de medição, para gerar resultados mais favoráveis aos olhos da fiscalização. Caso razoavelmente se possa esperar tal distorção, a adoção do conceito de Período de Maior Movimento para medições prejudica a própria validade da medição.

Parece-nos que essa variável inserida na medição, injustificável tecnicamente, agrava-se com o fato de que o Órgão Regulador se subordinou aos prestadores na fiscalização. Com essa limitação de horários facilita-se – é bem verdade – o trabalho da Agência, não de fiscalizar a execução do serviço, mas de fiscalizar a “auto-fiscalização” feita pelo prestador. Por essas razões, e pelas razões apontadas na crítica a essa transferência da atividade fiscalizadora, a introdução do conceito de Período de Maior Movimento parece afrontar o bom uso que a Administração deve fazer até mesmo da “discrecionabilidade técnica”.

19 - As métricas sobre atendimento

Note-se uma diferença importante entre os dois serviços de telefonia em relação ao cumprimento do art. 37, §3º, I, da Constituição, que prescreve especialmente a existência de regulação a respeito de “reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral”. No Serviço Móvel Pessoal, o usuário pode reclamar de qualquer assunto, desde o funcionamento irregular do serviço, o incômodo causado pelo fato de ter como vizinho um equipamento arquitetonicamente feio (uma torre de transmissão) ou que emite ininterruptamente ruídos dos aparelhos de refrigeração de ar, ou até mesmo contra a escolha de determinada pessoa ou personagem numa publicidade. Sua reclamação será considerada na métrica do indicador de qualidade (art. 10 do anexo da Res. nº335) da prestadora do SMP.

Essa mesma amplitude do direito de reclamar não se verifica na telefonia fixa, cujo usuário pode reclamar apenas por reparos no serviço e por ajustes na cobrança. Não há outros temas que mereçam ser tratados como reclamação (Anexo da Res. nº 417, artigos 26, 27, 28, 45, 46, 47, 48, 65, 66). No STFC, reclamação por temas outros, feita por telefone, nem sequer entra na conta de um indicador de reclamação; se a reclamação vier por carta ou trazida pessoalmente, sua contagem diluir-se-á entre todos os demais “atendimentos” (Anexo da Res. nº 417, artigos 57 e 61).

Assim, uma reclamação por desacato ou ofensa ao usuário, cometido durante um atendimento telefônico tempestuoso feito por um preposto da prestadora do serviço, afetará o indicador de qualidade na telefonia móvel, mas não na telefonia fixa. Essa diferenciação em relação à telefonia móvel destoa de qualquer mandamento de isonomia no serviço público, sobretudo porque o desfavorecido é o usuário do serviço público. Parece-nos que o Administrador entreviu uma limitação no direito de reclamar do usuário onde a lei nada distinguiu, como se apenas as queixas “técnicas” fossem merecedoras de atenção na telefonia fixa. Em outras palavras, a ofensa ao usuário do STFC será tratada não na sede da qualidade do atendimento, mas sim em sede de apuração de descumprimento de obrigações outras, tal como o descumprimento dos deveres de urbanidade do serviço público, do descumprimento de norma específica do instrumento de outorga, da responsabilidade civil e eventualmente até da responsabilidade penal.

Há, entretanto, uma questão mais complicada a resolver. Qual o nível de reclamação aceitável? Para compreender os meandros dessa questão, tomemos o exemplo da telefonia móvel, conforme as já citadas Resoluções da ANATEL nº 317 e nº 335. A relação entre número total de reclamações e o número total de Acessos em Operação, no mês, não deve ser superior a 1,0% (um por cento) a partir de 31 de dezembro de 2002.

Esse patamar significa que um *pequeno conjunto de indivíduos*, desde que menor de que 1% do total de Acessos em Operação, poderá reclamar sem que isso sirva de motivo para ação do Poder Público, que não precisará se dar a qualquer trabalho ou preocupação em relação à prestadora por essa razão. Aos olhos do Estado o serviço estará bom. Fazemos logo a ressalva dessa afirmação. Nem a Lei de Serviços Públicos nem o Código do Consumidor toleram ou aquiescem diante de fatos ou vícios do serviço público e do bem de consumo. Não há na legislação que tutela os interesses individuais dos usuários qualquer espaço para métricas, estatísticas, margens toleráveis de erro, atenuantes ou agravantes pautados no cotejo entre o caso individual e o universo de consumo. Cada vício em si, individualmente considerado, enseja para o usuário ou consumidor o direito à reparação, tanto do bem (conserto do vício) quanto dos danos dele decorrentes (indenização pelo fato). Se há problema, então que seja solucionado, frise-se, em benefício de cada usuário afetado. Como consequência não se poderá concordar que um dado usuário seja compelido, pela própria lei e pela má sorte, a se resignar com a aquisição de um serviço público com problemas, simplesmente porque este atende aos padrões estatísticos de qualidade. Sepulte-se esse equívoco sob pena de admitir que a defesa constitucional e legalmente assegurada da boa prestação se aplica à maioria dos usuários e não aos outros, à minoria dos estatisticamente desafortunados, pois as mesmas leis que protegem uns também protegem os outros.

Nesse ponto evidencia-se com clareza o apartamento dos interesses do usuário individual e do Estado. Uma única queda de chamada gera para o usuário de telefonia o direito à reparação em face de sua prestadora: um fato irrelevante para o Administrador Público. Uma quantidade significativa de quedas de chamadas, denunciadas pelo critério regulamentar de qualidade, impõe ao Órgão Regulador o dever de adotar as medidas pertinentes, mesmo que cada um dos usuários afetados individualmente renuncie à respectiva reparação ou nem sequer reclame.

Embora coexistam de modo quase paralelo, os interesses do Estado e do usuário a respeito da qualidade tendem a coincidir nas hipóteses cujo desatendimento implicará alguma consequência jurídica, mas voltam a divergir novamente na sanção específica. O vício na prestação ofertada àquele pode significar nada para esse, e vice-versa. Essa aparente contradição reflete apenas a coexistência do interesse público e do interesse privado dentro do mesmo sistema, sem prejuízo da sua higidez.

Avalie-se agora o patamar de qualidade nas reclamações propriamente dito, hoje definido em 1%. Por que não 0,5%, 2% ou 10%? Reside aqui talvez o maior desafio da discricionariedade, sobretudo para aquele administrador que define o número pela primeira vez sem referências consistentes. Antes de expor algum critério, denunciemo-nos: quando, há poucos parágrafos, mencionamos “*pequeno conjunto de indivíduos poderá reclamar*”, induzimos nosso leitor ao erro. Na telefonia, todos os indicadores se pautam em magnitudes astronômicas, num exemplo eloqüente da sociedade de consumo de massa. São dezenas de milhões de clientes ativos (150,6 milhões no fim de 2008)¹⁶², milhões de chamadas numa única hora do dia, milhões de contas telefônicas a cada mês, milhões de atendimentos diários nos serviços de atenção ao cliente. Aplique-se o “pequeno” percentual de 1% de taxa de reclamação sobre um universo de 150.000.000 de usuários e teremos 1.500.000 desafortunados clientes que reclamam de algum problema. Imaginemos agora que o serviço de atendimento ao cliente das operadoras trabalhe sem erros em 99,8% dos casos a cada mês, ou seja, cometam apenas dois únicos erros em cada mil atendimentos. Aplique-se agora esse nível de excelência no atendimento sobre aqueles 1.500.000 e teremos 3.000 infelizes que, num dado período, entraram em contato com sua prestadora para resolver um problema e dela saíram com dois (reclamação inicial e erro no atendimento). E que agora esses mesmos 3.000 tentem novamente uma solução: restarão seis vociferantes a reclamar com razão, agora, do problema original e de dois erros no atendimento, somando-se aos novos 1.500.000 usuários que iniciam sua peregrinação no período subsequente, junto com os 3.000 já bem bravos que voltam à baila.

O Administrador precisará, portanto, de enorme sensibilidade para pensar e constantemente repensar esses patamares desejáveis de satisfação e reclamação, e de todos os outros parâmetros de qualidade, em vista das finalidades legais de bem atender aos interesses

162 Fonte: ANATEL.

do usuário dos serviços de telefonia fixa e móvel pessoal. Caso exagere na exigência, considerando que tais metas de qualidade implicarão obrigações de cumprimento oneroso, repassar-se-á ao próprio usuário um custo desnecessário. Na recíproca, com baixas exigências, corre-se o risco de se degenerar a qualidade da prestação do serviço, desatendendo à sociedade. Conforme esclarecemos acima, essa sensibilidade não se confunde com um exercício de subjetividade íntima do Administrador, nem com arbítrio respaldado por competência legal ou por legitimação funcional. Muito pelo contrário, esse constante exercício de repensar o juízo discricionário deve pautar-se em investigações sobre as necessidades e expectativas dos usuários efetivos e potenciais dos serviços públicos, tendo em vista a evolução de todos os aspectos envolvidos na prestação, não apenas os técnicos, mas também os econômicos e sociais.

Outro aspecto merece destaque na métrica dos indicadores do atendimento ao usuário. Observemos o art. 17 do Regulamento dos indicadores de Qualidade do SMP, conforme a Resolução nº335.

Art.17 Taxa de Resposta ao Usuário (SMP8)

I - Definição do Indicador: é a relação percentual entre o número total de reclamações e solicitações de serviços, recebidos pela prestadora, respondidos em até 05 (cinco) dias úteis, no mês, e o número total de reclamações e solicitações de serviços, recebidos pela prestadora no respectivo mês, acrescido do número total de reclamações e solicitações de serviços relativos aos meses anteriores ainda não respondidos ao Usuário.

II - Representação Matemática:

$$SMP8 = A/(B+C) \times 100$$

Onde:

A - número total de reclamações e solicitações de serviços recebidos pela prestadora,

respondidos em até 05 (cinco) dias úteis, no mês;

B - número total de reclamações e solicitações de serviços, recebidos pela prestadora no respectivo mês;

C - número total de reclamações e solicitações de serviços, relativos aos meses anteriores, ainda não respondidos ao Usuário.

Regra com métrica análoga, aplicável para o STFC, consta dos artigos 25 a 28 do Regulamento de Indicadores de Qualidade, conforme a Resolução nº 417.

Destacamos nessa regra que o foco da medição novamente é o processo de atendimento e não o atendimento dado. Noutras palavras, mede-se a capacidade do sistema de processar quantitativamente as demandas, sem qualquer foco na solução provida ao usuário por esse atendimento. Admitindo o cumprimento da respectiva meta, a reclamação do usuário será certamente processada: se bem ou se mal, a métrica empregada será incapaz de diagnosticar. Compreende-se a partir daí uma das razões para a ocorrência de algumas situações pitorescas, nas quais o usuário se enreda num moto perpétuo de reclamações sucessivas sobre um mesmo problema, que nunca é resolvido.

Vale aqui criticar o uso da discricionariedade na definição dessa métrica sobre reclamações porque se descasou da respectiva meta. Não bastasse a predominância das metas e métricas voltadas para os aspectos do “processo de fabricação” da telefonia, como acima exposto, a métrica do atendimento ao cliente apartou-se e subverteu a meta de qualidade de atendimento, por reduzi-la ao seu aspecto “fabril”. Quando a Constituição e a Lei Geral de Telecomunicações mencionam a regulação sobre reclamações relativas à prestação de serviços públicos, certamente pretende finalisticamente o restabelecimento do serviço público que falha por algum motivo, e que leva o usuário a reclamar, i.e., a *mens legis* almeja a solução do problema. As atenções do constituinte e do legislador permanecem focadas na solução do problema do usuário e não no processamento da demanda pela prestadora. Destarte a métrica regulamentar inverteu indevida e discricionariamente esse foco e, por esse motivo, pecou contra o ordenamento positivo.

20 – Conclusões

A compreensão da discricionariedade administrativa requer uma avaliação sistêmica do seu regime jurídico, de onde se extraem limites intransponíveis criados pelo constituinte e pelo legislador, por meio de princípios e seus corolários lógicos, bem como por prescrições expressas sobre os pressupostos e hipóteses para uso desse poder. Uma vez delineada a função administrativa do Estado dentro desses limites do ordenamento jurídico, o exercício da discricionariedade dá-se por meio de comportamentos variados, no espaço criado pela imprecisão dos conceitos contidos nas normas. Assim, a falta de lei não faculta a discricionariedade; pelo contrário, afasta-a.

A imprecisão das normas práticas, vazadas no pressuposto ou na finalidade legal, é sempre relativa. Nunca existe imprecisão absoluta, por mais vagas e fluidas que sejam as noções manipuladas pela lei. Sobretudo dentro de um sistema de normas, há sempre referenciais que permitem circunscrever o âmbito da significação das palavras e reduzir-lhes a fluidez a um mínimo.¹⁶³

O próprio sistema jurídico prescreve limites quando reduz a nebulosidade que cerca os conceitos da dicção normativa, transformando a discricionariedade administrativa de arbítrio em exercício regrado de poder. Se admitirmos que o ordenamento não prescreve esse espaço de decisão e os limites para a discricionariedade, chegaríamos à trágica conclusão de que o ordenamento não admite valores, ou seja, que suas normas não teriam mais capacidade de conter nem de transmitir uma vontade geral, pré-existente, axiologicamente criada em prol do bem comum e da ordenação social.

Pautando-se o ato discricionário necessariamente em norma jurídica que o anteceda, com todos os seus limites e condicionantes, e considerando que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, e que nenhuma lesão de direito poderá ser subtraída do Judiciário, o controle judicial da discricionariedade não somente é possível e necessário, como também é indeclinável. Persistirá sempre para o Juiz o

dever de se debruçar sobre o ato administrativo praticado sob o título de

¹⁶³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45

exercício discricionário, a fim de verificar se se manteve, ou não, fiel aos *desiderata* da lei; se guardou afinamento com os conceitos expressados em guisa de pressuposto ou de finalidade da norma, ou se lhes atribuiu inteligência abusiva.¹⁶⁴

Caberá então ao Juízo investigar o ato discricionário, percorrendo o mesmo caminho que deveria ser trilhado pelo administrador, sopesando fatos em vista da lei, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, e dos princípios constitucionais que regem os entes públicos e privados.¹⁶⁵ Reclama-se o império da lei, para realizar o princípio da igualdade e da justiça, em homenagem a essa expressão da vontade geral, ditada pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. Perecem definitivamente então as idéias que confundem o Gestor Público com um *Subsuntionsapparat*, de um lado, ou com o arbítrio, de outro.

Lidamos portanto com um espaço onde existe norma jurídica, a qual entretanto não esgota a realidade. Acorre o Administrador então para completar-lhe o sentido e transformar o dever-ser hipotético da norma em fato concreto. Seus conceitos indeterminados, com as respectivas zonas de certeza positiva e negativa de aplicação, facultam a busca daquela que seja reputada – não necessariamente conhecida – a melhor dentre várias soluções aderentes ao

¹⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*, p. 46.

¹⁶⁵ A doutrina nacional franqueia largamente as portas do Poder Judiciário aos administrados para questionar os atos de administrador. O tema da qualidade do STFC e do SMP parece-nos encaixar-se melhor no controle judicial do uso da discricionariedade naquelas ações coletivas cujos provimentos tenham efeito *erga omnes*. Nas iniciativas individuais enfrentam-se maiores dilemas. Pela ótica dos prestadores que queiram escapar de novos ônus, impostos por erro ou por abuso do poder discricionário pelo regulador, tais exigências normativas afetam de modo isonômico a todos, o que lhes traz algum alento no cenário competitivo. Além disso, a praxe do nosso regulador exige o atendimento relativamente rápido da qualidade, cuja desoneração ou alteração não poderão ser obtidas em curtos lapsos por meio de provimento judicial que julgue definitivamente o mérito. Alia-se a esses dois fatos uma compreensível dificuldade para, em sede de liminar, afastar uma norma regularmente editada por especialistas da ANATEL após consulta pública, e dotada de algum grau de sofisticação técnica, o que torna mais tênue a fumaça do bom direito. Com isso, mesmo que tenha razão no reclamo levado à Justiça, podemos antever que a prestadora já terá provavelmente feito o investimento para atingir o patamar de qualidade de uma exigência equivocada. Nesse cenário entendemos que a justiça falhará por tardar. Do lado do usuário do serviço, a impugnação da regra de qualidade imposta pelo Regulador requer o uso de instrumentos processuais indisponíveis para o litigante individual, tais como as ações coletivas preconizadas nos artigos 81 e seguintes do Código do Consumidor. Restam para conduzir o litígio o Ministério Público e as Entidades de representação coletiva, cuja atuação judicial tem sido acanhada nos questionamentos sobre o tema que tratamos nesse trabalho. Reconhecemos uma ação mais incisiva dessas instituições no âmbito da preparação das normas, ou seja, no momento das consultas públicas do Regulador. Essa circunstância não afasta o direito de cada usuário de buscar reparação, em caso de dano decorrente do descumprimento da qualidade no serviço prestado, mesmo que as metas de qualidade venham sendo atendidas pela ótica do regulador, como acima já mencionado.

ordenamento jurídico, mediante a aplicação de uma discricionariedade consonante com as circunstâncias do caso concreto, dos princípios e valores do ordenamento, conforme as boas regras de exegese.

É nesse cenário em que se debate a definição das metas e métricas da qualidade nos serviços de telefonia móvel pessoal e da telefonia fixa comutada. A Lei Geral de Telecomunicações – LGT, lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, oferece os contornos para esse conceito jurídico indeterminado, sem jamais lhe propor pormenores, exigindo participação popular nas definições, razoabilidade de tarifas, universalização, incrementos de oferta, regularidade, não discriminação, sigilo, isonomia, condições adequadas, benefício da população, diversidade dos serviços, ambiente competitivo, harmonia com desenvolvimento do país e etc. A Agência Nacional de Telecomunicações, com o propósito de regular a qualidade, alinou-se então conceitualmente e em alguma medida à ISO – INTERNATIONAL STANDARDIZATION ORGANIZATION, cujas normas também nos chegam por meio da norma denominada ABNT NBR ISO 9000, elaborada no seio da Associação Brasileira de Normas Técnicas, convalidada pela Resolução n.º 07 do CONMETRO, de 24 de agosto de 1992. Em virtude dessas escolhas da Agência Reguladora, as metas e métricas de qualidade focam variados processos de prestação do serviço, medindo-lhes muitas características que serão subsumidas a normas que prescrevem sanções variadas, mantendo alguma percepção sobre as opiniões e reclamações da sociedade.

Servindo-se de metas e métricas pautadas em ferramental estatístico, onde aparentemente existe tolerância para a falha marginal que afeta dado indivíduo, as normas do Regulador sobre qualidade evidenciam as diferenças entre os interesses públicos e indeclináveis, em relação aos interesses de cada usuário. Se a falha na qualidade afeta o interesse público, motiva-se a ação estatal. Se afetar apenas o interesse privado, o usuário poderá recorrer *per si* aos mecanismos jurídicos do ordenamento, não necessariamente provocando a ação direta do Regulador em prol de toda a sociedade.

Merece aqui destaque que essa ação reativa do Estado em favor do interesse coletivo não se limita às clássicas sanções de advertência, multa, suspensão temporária, caducidade, declaração de inidoneidade, previstas expressamente no art. 173 da Lei nº 9.472. A ANATEL

também vinculou, no Plano Geral de Outorgas¹⁶⁶, a obtenção de novas licenças para prestação de serviços economicamente mais rentáveis à antecipação de metas de universalização, que pode ser entendida como um aspecto da qualidade, conforme já mencionamos. Com isso, as prestadoras de serviços de telefonia fixa em regime público que se antecipassem nesse atendimento à sociedade poderiam lançar-se na exploração de novos serviços em regime privado. Reconhecemos portanto que a Agência Reguladora não apenas pune o mau prestador conforme a lei, mas também franqueou, numa norma editada discricionariamente, a possibilidade de premiá-los com a outorga de autorizações para exploração de outras modalidades de serviços de telecomunicação, tendo em vista a antecipação de obrigações pela concessionária.

Das decisões envolvidas na definição de metas e métricas de qualidade, a mais acertada de todas, sem dúvida, mesmo na ótica das doutrinas administrativistas mais restritivas, é a que padroniza o comportamento da Agência e dos administrados quando se trata da realização dos cálculos correspondentes. Feita essa padronização, avança-se para uma etapa mais crítica, de comprovação da efetiva utilidade desse ferramental na consecução dos objetivos legais. Apenas a experiência auferida com o decorrer do tempo e o olhar atento do Regulador sobre os humores sociais e os desenvolvimentos tecnológicos, em relação aos padrões mutáveis de qualidade, serão capazes de compatibilizar todos os interesses envolvidos, tanto os da sociedade, quando do Estado e do indivíduo. Cabe ao Regulador portanto a labuta de avaliar constantemente o fato, a percepção social, e importância relativa e variável de cada um dos aspectos dos serviços de telecomunicação.

Melhor exemplo dessa mutabilidade do cenário onde se prestam os serviços de telecomunicação nos fornecem as obrigações regulamentares de expansão da telefonia celular.

¹⁶⁶ 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.

No antigo Serviço Móvel Celular as então concessionárias tinham obrigações de expansão de redes para oferecer cobertura apenas em cidades com mais de 30 mil habitantes, cujo atendimento se dava geralmente com uma única antena, mesmo que absolutamente insuficiente para comportar a demanda; cidades menores podiam ficar sem o serviço, conforme definição dos respectivos contratos de concessão. As atuais prestadoras de telefonia móvel, no atual Serviço Móvel Pessoal, nem sequer tem obrigações regulamentares de expansão de redes, nem precisam ter, afinal a competição entre os prestadores do serviço tornou-o disponível em muitos locais que podem hoje ser considerados ermos, e a sua penetração já ultrapassa em algumas regiões do país a casa de mais de um aparelho por habitante. Bem fez portanto o Regulador ao excluir de seu rol de preocupações as obrigações de expansão de redes e de oferta aos usuários, simplesmente porque se tornou abundante e relativamente acessível para maioria da população. Resta apenas na regulamentação uma preocupação mais refinada, sobre a qualidade dessa cobertura, para medir sua capacidade de bem prestar o serviço, como já exploramos.

Num nível mais alto da hierarquia normativa, no Plano Geral de Outorgas, age bem o Regulador ao remeter serviços de importância social menor ou insignificante à exploração nos moldes do regime privado da Lei Geral de Telecomunicações, como é o caso de alguns serviços ditos “limitados”, destinados a grupos específicos e fechados de usuários. Não faz efetivamente sentido que Estado preste o socorro de seus escassos e precisos esforços para tratar como essencial para a sociedade serviços como o de rádio-táxi ou o de rádio-chamada (*paging*), entre outros.

Na definição discricionária de metas e métricas de qualidade nas telefonias fixa e móvel não fugirá o Regulador desse dever de constantemente aprimorar suas regras em vista da realidade social, do estado da arte, dos modismos e tecnologias passageiros e especialmente do ordenamento jurídico. Sem fazer apologia da insegurança jurídica, da legiferância verborrágica que afasta o investimento que busca legitimamente sua remuneração, nem do fanatismo pela qualidade que tende a aumentar preços e elitizar a fruição de bens e serviços, põe-se um desafio ao Regulador: questionar com alguma regularidade suas próprias certezas discricionárias sobre metas e métricas de qualidade, sempre movido e alimentado pelos reclamos dos usuários e pelos prognósticos a respeito da evolução das tecnologias e dos interesses da sociedade, em cuidadosa observância dos limites intransponíveis do ordenamento jurídico.

Referências

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

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. de Buenaventura Pellisé Prats. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1960. 2 v.

_____. *Principi di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1974, v.1.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. México: Fontamara, 2002.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madri: Marcial Pons, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de direito administrativo*. 12./20. ed. São Paulo: Malheiros, 1999/2006.

_____. *Discricionariade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Serviço Público e Poder de Polícia: Concessão e Delegação. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n. 7, julho/ agosto/ setembro 2006. www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-JULHO-CELSO%20ANTONIO.pdf, acesso em 08/07/2009.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 2 v.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMPOS, Vicente Falconi. *TQC Controle da Qualidade Total: no estilo japonês*. Fundação Christiano Ottoni, Escola de Engenharia da UFMG, 1992; Bloch Editores, Rio de Janeiro, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea, 2001.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004. 2 v.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La desviación de poder*. 2. ed. Madri: Civitas, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Roteiro de lógica jurídica*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 737, 1997.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 29. São Paulo: Centro de Estudos, 1988.

COUTO E SILVA, Almiro do. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

———. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 179-180, 1990.

CUNHA, Sérgio Sérvulo; GRAU, Eros Roberto. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

———. Credenciamento. *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Un estudio crítico de la jurisprudencia. Madri: Civitas, 1997.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.

DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções fundamentais de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2006.

DIEZ, Manuel Maria. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Omeba, 1971.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

———. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

———. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

———. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

———. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fevereiro/ março/ abril, 2007. Disponível na Internet: www.direitodoestado.com.br/redae.asp, acesso em 23/10/2009.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FEIGENBAUM, Armand. *Total Quality Control*. Nova York: McGraw-Hill Book Company, 1983.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la administración*. 4. ed. Madri: Civitas, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Agências Reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

———. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 5. ed. Madri: Thomson, 2000.

———. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. Madri: Civitas, 1983.

———.; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. 2 v.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GORDILLO, Agustin. *Tratado de derecho administrativo*. El acto administrativo. 2. ed. Medellin: Biblioteca Jurídica Diké, 2001.

———. *Tratado de derecho administrativo*. Parte general. Medellin: Biblioteca Jurídica Diké, 1998.

———. *Tratado de derecho administrativo*. 9. ed., Buenos Aires: FDA. Disponível em www.gordillo.com/Pdf/1-8/1-8X.pdf. Acesso em 25/06/2009.

GOUVÊA, Marcos Maselli. Balizamentos da discricionariade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariade administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

———. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

———. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

———. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Agências Reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n. 6, maio/julho 2006, p. 1-29. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 06/05/2009.

———. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariade Administrativa. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Bauru, n. 24, p. 61-115, dez./mar. 1998/1999.

———. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariade administrativa. In: DINIZ, Maria Helena (coord.). *Atualidades Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Teoria dos Serviços Públicos e Sua Transformação. *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. Porto Alegre: Sulina, 1964.

LOBOS, Júlio. *Qualidade através das pessoas*. São Paulo: J. Lobos, 1991.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2000.

MATSUSHITA, Raul Yukihiro. *O que é estatística?*. www.unb.br/ie/est/complementar/estatistica.htm, acesso em novembro de 2009.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Trad. de Luís Afonso Heck. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAZZARINO, Giulio (MAZARIN, Jules). *Breviário dos Políticos*. Trad. de Ana Thereza Basílio Vieira. Rio de Janeiro: Lacerda, 1997.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros da discussão. *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MIRANDA, Jorge. Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

———. (coord). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2001.

PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 258 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*. n. 231, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *A competência discricionária administrativa conforme os âmbitos da função administrativa e o seu controle pelo Poder Judiciário*. 350 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

_____. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PORTO NETO, Benedito. Agência Nacional de Telecomunicações. *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2000.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 6.

_____. *Estudos de direito público: o poder discricionário da administração*. Coimbra: Acta Universitatis Coninbrigensis, 1989.

_____. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 97, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969.

_____. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra, 1940.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1970.

ROTHERY, Brian. *ISO 9000*. São Paulo: Makron Books, 1993.

SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madri: Civitas, 1976.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho administrativo*. Parte general. Madri: Tecnos, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHULZ, Gerhard. *Deutschland seit dem Ersten Weltkrieg 1918-1945*. Kleine Vandenhoeck-Reihe: 1419. 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1982.

SEABRA FAGUNDES, M. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SEGIN, Domingo Juan. *Administración Pública*. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SOUSA, António Francisco. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. Os “conceitos legais indeterminados” no direito administrativo alemão. *Revista de Direito Administrativo*, n. 166, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Introdução às Agências Reguladoras. *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____ e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). *Direito Global*, São Paulo: Max Limonad, 1999.

TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Departamento Administrativo do Serviço Público – Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959.

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Eletrônica de Direito de Estado*. n. 15 jul/ago/set 2008. www.direitodoestado.com/revista/REDE-15-JULHO-2008-RITA%20TOURINHO.PDF, acesso em 26/06/2009.

TZU, Sun. *A Arte da Guerra: os treze capítulos originais*. Trad. Bushidô. São Paulo: Jardim dos Livros: 2007.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Trad. de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: RT, 2005.

VIRGA, Pietro. *Diritto amministrativo*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1999. 4 v.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WALD, Arnaldo e MORAES, Luiza Rangel de. Agências Reguladoras. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, ano 36, n. 141, janeiro/março 2009.

XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: RT, 1978.

Livros Grátis

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

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)