Número 16 – novembro/dezembro/janeiro - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

ENTRE POLÍTICA E *EXPERTISE*: A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE O GOVERNO E A ANATEL NA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES

Prof. Gustavo Binenbojm
Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor em Direito pela UERJ e Mestre em Direito pela Yale Law School (EUA). Professor da Pós-Graduação em Direito da FGV/RJ. Sócio de Binenbojm, Gama & Carvalho Britto Advocacia, Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Prof. André Rodrigues Cyrino
Professor contratado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

I. INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) foi criada pela Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT) com o propósito de regular o setor de telecomunicações no Brasil. Entre erros e acertos, o saldo parece ter sido positivo, quer pela sensível melhoria da qualidade dos serviços de telecomunicações prestados no país, quer pelo grau de universalização alcançado, num ambiente relativamente competitivo.

Não obstante, o amplo espectro de competências da ANATEL, previstas genericamente no art. 19 da LGT, ensejou inúmeras discussões e controvérsias jurídicas. De fato, as questões relativas à competência normativa das agências reguladoras e à legitimidade democrática da sua atuação foram as que mais inspiraram estudos acadêmicos, num instigante debate sobre o arranjo institucional do novo Estado regulador brasileiro. A LGT é um exemplo paradigmático, no cenário brasileiro, da repartição de competências entre o Governo e um ente regulador autônomo, que busca alcançar um ponto ótimo de equilíbrio entre eficiência e legitimidade política na gestão do setor de telecomunicações.

Na lógica da LGT, cabe à ANATEL, em linha de princípio, atuar como a instituição efetivamente reguladora das telecomunicações no Brasil. Tal regra geral decorre de uma decisão política do legislador no sentido de que a expertise e o emprego de conhecimentos técnicos tenham papel relevante no desenvolvimento das complexas e variadas questões atinentes ao setor. Com efeito, a gestão profissional e a especialização técnica, notadamente no campo da regulação, devem ter seu lugar no desenho institucional do Estado, o que não significa dizer que os valores democráticos e a realização de direitos fundamentais possam ser negligenciados[1]. Bem ao contrário, a existência de um ente regulador autônomo tem como justificativa institucional a maximização do nível de eficiência da economia, com reflexos diretos no grau de bem-estar da sociedade em seu conjunto. Daí que as agências possam ser instrumentos importantes para o desenvolvimento, o aperfeiçoamento da democracia e a concretização de direitos fundamentais.

Todavia, pode-se dizer que há uma permanente tensão entre, de um lado, a *tecnicidade* esperada na atuação da agência, e, de outro lado, a *politicidade* inerente ao regime democrático. As idéias que provocaram este artigo giram em torno dessa tensão entre expertise e política. A proposta é de uma análise sobre como tal questão foi disposta na Lei Geral de Telecomunicações, destacando-se alguns aspectos da partilha de competências entre o Governo e a ANATEL. O estudo é relevante para o setor de telecomunicações, mas pode ser havido como um estudo de caso sobre as relações entre políticas públicas e regulação.

Especificamente, serão investigados o sentido e o alcance da competência assinalada ao Presidente da República pelo art. 18 em seu cotejo com o art. 19, ambos da LGT. Com efeito, quando distribuiu as competências do setor de telecomunicações, o legislador criou uma interessante sistemática relativamente a algumas matérias que julgou devessem passar pelo crivo democrático da Presidência da República. Assim, estabeleceu que determinadas políticas setoriais deveriam ser *aprovadas* pelo Governo, assegurando, de outro lado, a salutar possibilidade de participação da ANATEL na elaboração e na propositura dos atos a serem editados pelo Chefe do Poder Executivo.

Eis a dicção literal dos dispositivos em questão:

> *"Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:*
>
> *I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;*
>
> *II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público;*

[1] V. ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *in Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 640.

> *III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;*
>
> *IV - autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.*
>
> *Parágrafo único. O Poder Executivo, levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países, poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços 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:*
>
> *(...)*
>
> *III - **elaborar** e **propor** ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III."*

Como se observa, preferiu o legislador deixar ao alvedrio da Presidência da República: *(i)* a instituição ou eliminação da prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado; *(ii)* a aprovação do Plano Geral de Outorgas (PGO) de serviços prestados em regime público; *(iii)* a aprovação do Plano Geral de Metas de Universalização; e *(iv)* a autorização da participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações. O interessante, é que, numa composição entre política e técnica, estabeleceu-se, ainda, que para a disciplina matérias citadas, competiria à ANATEL elaborar e propor ao Presidente da República minuta de regulamento (art. 19, III, LGT).

Veja-se, por exemplo, o caso do Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto nº 2.534/1998. O PGO é o regulamento, veiculado sob a forma de decreto presidencial, por meio do qual é disciplinada a exploração de serviços de telecomunicações prestados em regime público. A aprovação do PGO pelo Presidente da República materializa a fixação de uma política pública estratégica para melhor atender às finalidades típicas dos serviços públicos (como, *v.g.,* a continuidade[2] e o dever de universalização[3]), bem como para promover a

[2] Art. 3º, VII e art. 63, LGT.

[3] Art. 63, parágrafo único, LGT.

concorrência e outros princípios da ordem econômica, de acordo com os parâmetros estabelecidos na LGT.

O Plano Geral de Outorgas é o instrumento de política pública por meio do qual são fixados elementos básicos do marco regulatório do setor, em atendimento aos princípios e regras estabelecidos na LGT e na Constituição da República. A divisão territorial, os limites ligados ao controle societário para cada região e o condicionamento à expansão dos serviços através de autorizações são balizas fundamentais do setor estabelecidas pelo plano e contribuem para a implementação das finalidades constitucionais e legais dos serviços de telecomunicações prestados no regime público. Seguindo a opção legal, o PGO em vigor foi elaborado e proposto pela ANATEL ao Presidente da República, que o aprovou por meio de decreto. Assim também o Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU, atualmente aprovado pelo Decreto nº 4.769/2003).

O questionamento que se coloca é saber se esse itinerário estabelecido pela LGT (de elaboração pela ANATEL e aprovação pelo Presidente) é ou não cogente. O fato de assim se ter passado com os regulamentos do PGMU e do PGO hoje em vigor não basta para que se conclua sobre o sentido da combinação entre os artigos 18, I a IV e 19, III, LGT.

Cabe perguntar: seria juridicamente viável a atuação regulatória da Presidência da República independentemente da provocação prévia da ANATEL, nas matérias especificadas no art. 18 da LGT?

O objeto deste estudo é delinear, à luz do sistema normativo estabelecido na Constituição Federal e na LGT, o procedimento jurídico para a atividade regulatória do Governo nas matérias previstas no art. 18, I, II, III e IV. Pretende-se explicitar a interpretação legal e constitucionalmente adequada das normas relativas à competência do Presidente da República e da ANATEL no que se refere à elaboração, propositura e decisão sobre *(i)* a instituição (ou eliminação) de serviços no regime público, concomitantemente ou não com o regime privado, *(ii)* a aprovação do PGO, *(iii)* a aprovação do PGMU, e *(iv)* a autorização da participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.

Como visto acima, o art. 19, III, da LGT determina que à ANATEL cabe "elaborar" e "propor" as normas regulatórias em tela, ao passo que o art. 18 confere ao Presidente competência para a sua instituição, eliminação, aprovação e autorização. Deseja-se esclarecer qual o sentido jurídico desses atos presidenciais em face não só de uma interpretação lógica e sistemática da LGT, como também do art. 84, IV da Constituição, que prevê a competência privativa do Presidente da República a edição de regulamentos para a fiel execução das leis.

Estaria a Chefia do Poder Executivo adstrita à iniciativa propulsora da ANATEL – tanto no que diz respeito à *deflagração do procedimento* como no que toca ao *conteúdo da proposta* – para regular as matérias em questão?

II. O MARCO REGULATÓRIO EM VIGOR: A SISTEMÁTICA DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS DA LGT ENTRE O PRESIDENTE DA REPÚBLICA E A ANATEL. O LEGISLADOR LIMITOU A AUTONOMIA DA AGÊNCIA NAQUELAS MATÉRIAS QUE ENTENDEU EXIBIREM ELEVADO TEOR POLÍTICO.

As agências reguladoras independentes surgem num contexto de descentralização administrativa[4] e de busca de maior eficiência[5] institucional do aparato do Estado, naquilo que se convencionou denominar Estado regulador[6]. Observe-se, porém, que não se trata de uma procura apenas por eficiência, mas da construção de um sistema que corresponda aos reclames de *tecnicidade* da complexa realidade contemporânea, sem o afastamento dos valores substantivos inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a eficiência não pode ser compreendida como uma finalidade meramente utilitária da divisão orgânica de funções,[7] senão que um dentre outros vetores axiológicos que informam e legitimam a existência e o funcionamento do Estado. Um desses vetores é a democracia e o seu corolário inarredável de *accountability*[8], traduzida na noção de que os agentes públicos devem ser responsabilizados pela sua atuação perante a população. Trata-se, outras palavras, da responsabilidade política advinda das escolhas e decisões estatais,

[4] Uma Administração Pública policêntrica. V. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 239.

[5] V. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. "O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência", *in O poder normativo das agências reguladoras*, org. Alexandre Santos de Aragão, Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 271-297.

[6] Com efeito, no Brasil cambiou-se de um Estado supostamente de bem estar social, com atuação intensa e direta na economia, para, nos anos noventa do último século, um Estado que se pode chamar regulador. Sobre o tema, v. MATTOS, Paulo Todescan L. *O Novo Estado Regulador no Brasil – Eficiência e Legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006. p. 69-77; ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, capítulo II (p. 39/82). V. ainda BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformação do Estado e legitimidade democrática, *in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, 56, 2002, pp. 201 *et seq.* e JUSTEN FILHO, Marçal, *O direito das agências reguladoras independentes*, São Paulo: Dialética, 2002. Para uma perspectiva européia da evolução do Estado regulador, v.: MAJONE, Giandomenico. "Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e conseqüências da mudança no modo de governança", in Regulação Econômica e Democracia – O Debate Europeu. São Paulo: Singular, 2006, p. 53-86. Na perspectiva dos EUA, v. SUNSTEIN, Cass R. "O Constitucionalismo após o New Deal", *in Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 131-242 e STRAUSS, Peter L.. "From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking", *Wake Forest Law Review*, n. 31, 1996.

[7] De acordo com Bruce Ackerman: "The very idea of institutional 'efficiency' is completely empty unless it is linked to more substantive ends" ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *in Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 639.

[8] Diz-se *accountable* um governo se os cidadãos são capazes de julgar e sancionar os agentes políticos de acordo com o resultado das políticas públicas por ele implementadas (v. MANIN, Bernard, PRZEWORSKI, Adam & STOKES, Susa. *Democarcy, accountability and representation*. Nova York: Cambrigde University Press, 1999).

aproximando-se do que Diogo de Figueiredo Moreira Neto denomina de *responsividade*[9].

As balizas deste compromisso institucional entre o desenvolvimento de uma Administração Pública policêntrica e as exigências da legitimação democrática são delineadas pela *lei*. As agências reguladoras independentes brasileiras são *autarquias* ditas *especiais*, e gozam de maior ou menor autonomia de acordo com a sua lei instituidora, adstritas que estão ao princípio da legalidade (art. 37, *caput* e XIX, CF)[10]. A autonomia das agências deve sofrer mitigações parciais por via dos controles ancilares exercidos pelo Executivo e pelo Legislativo. Com efeito, dado que nem toda atividade de regulação (aqui tomada em sentido amplo) é ditada apenas por sua *expertise*, algum canal de comunicação entre os agentes políticos eleitos e as agências deve existir, como exigência mínima do Estado democrático de direito.[11]

Nesse sentido, a lei de criação de entidades dotadas de "*autonomia reforçada*"[12] fixará os parâmetros da atuação da agência e suas relações com outras instituições e Poderes estatais, notadamente com a Chefia do Poder Executivo. Cumpre lembrar que, entre nós, o Presidente da República exerce a direção superior da Administração Pública (art. 84, II, CF) e responde diretamente por seus atos aos eleitores (eleição direta). O legislador indicará, assim, os âmbitos de competência da agência e do Presidente da República, conforme seu prognóstico acerca dos aspectos regulatórios que, de um lado, seriam melhormente dirigidos pela autarquia e, de outro lado, sobre as políticas públicas que deveriam ficar a cargo da Chefia do Executivo.

A tensão existente entre *tecnicidade* e *politicidade* deve ser resolvida pelo legislador da forma mais clara possível, evitando confusões no eleitorado, que poderá responsabilizar seu governante por decisões que não foram tomadas por ele, ou, ainda, facilitar a sua irresponsabilidade política, ao permitir que o Presidente se escude na afirmação de que uma determinada decisão não foi sua[13]. De outra banda, a *despolitização* oferece sempre o risco de *captura* dos

---

[9] A responsividade "é hoje um princípio instrumental da democracia, uma vez que se destina a salvaguardar a legitimidade, ou seja, zelar pela permanente harmonização da expressão da vontade popular (...) nas democracias contemporâneas, a *responsividade* é hoje *um dever jurídico autônomo* dos agentes do Poder Público, sempre que disponham de competência para fazer escolhas discricionárias para atender (responder) adequadamente às demandas da cidadania regularmente manifestadas" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 281).

[10] "Art. 37, XIX - **somente por lei específica poderá ser criada autarquia** e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;"

[11] V. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 285.

[12] A expressão é devida a ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 275.

[13] É o que Mariana Mota Prado chama de *accountability mismatch*. Em suas palavras: "Há duas possibilidades interessantes: (i) o Presidente poderá ser responsabilizado por meio do processo eleitoral por políticas sobre as quais ele tem pouco ou nenhum controle; ou (ii) o Presidente

entes reguladores,[14] além de uma indesejável *visão de túnel* decorrente da incapacidade institucional da agência de vislumbrar aspectos macroeconômicos e/ou estratégicos, transcendentes ao mercado setorial regulado.

Essas variáveis deverão ser devidamente sopesadas pelo legislador ao repartir as competências com base em parâmetros ligados ao maior ou menor grau de politicidade ou tecnicidade da regulação. O que é certo, entretanto, é que não há matérias inteiramente assépticas à política em seus aspectos técnicos, nem tampouco escolhas totalmente políticas que prescindam de alguma consideração técnica. Daí a importância de opções legislativas ponderadas e estratégicas na distribuição do poder decisório entre agências e Governo.

Pois bem. A Lei Geral de Telecomunicações estabeleceu a demarcação entre as competências da ANATEL e do Presidente da República. Os artigos 18 e 19 sistematizam as relações entre as instituições de modo a atender às finalidades relevantes para cada um dos conteúdos regulatórios do setor de telecomunicações.

O *telos* da lei foi o de criar uma agência com considerável nível de autonomia no âmbito de suas competências, sem, no entanto, permitir o seu completo *insulamento* da política. Bem ao contrário, ao criar a ANATEL, a LGT estabelece genericamente a sua vinculação às políticas públicas fixadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. É o que consta do art. 1º da LGT:

> *"Art. 1° Compete à União, por intermédio do órgão regulador e* ***nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo****, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações."*

Criou-se, assim, um sistema dinâmico de relações entre os órgãos políticos e a ANATEL, cabendo àqueles o estabelecimento das grandes decisões sobre as políticas públicas do setor, que vinculam a atuação da entidade autárquica. Essa vinculação às políticas estabelecidas pelo Poder Executivo terá maior ou menor intensidade de acordo com as competências fixadas na lei, o que se verifica especialmente nos artigos 18 e 19 da LGT. Com efeito, referidos dispositivos representam a solução legislativa diante do compromisso entre política e técnica, que permeia todo o arcabouço normativo das agências reguladoras.

---

poderá não ser responsabilizado por políticas sobre as quais ele, na verdade, teve ou tem uma forte ingerência" (*op. cit.*, p. 226).

[14] Sobre a teoria da captura, v. STIGLER, George J.. "A teoria da regulação econômica", *in Regulação econômica e democracia*. *O debate norte-americano* (coord. Paulo Mattos), São Paulo: Editora 34, 2004, 23-48.

A LGT destaca, no art. 18, as matérias reservadas à decisão presidencial, quais sejam: *(i)* instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado; *(ii)* aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público (PGO); *(iii)* aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público (PGMU); *(iv)* autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações; e *(v)* estabelecer possíveis limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços de telecomunicações, levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países.

O mencionado art. 18 confere *lastro político* às matérias assinaladas à competência decisória do Presidente da República, resultando de uma avaliação do legislador sobre sua importância transcendente à mera regulação técnica e setorial. Realmente, questões ligadas à *(i)* organização e instituição geral da prestação dos serviços públicos de telecomunicações no território brasileiro e a possibilidade ou não de sua exploração concomitante em regime privado, ao que se liga *(ii)* a estratégia de outorgas que melhor atenda às finalidades típicas dos serviços públicos, *(iii)* no que se destaca, por exemplo, o dever de universalização, além *(iv)* da autorização da participação de empresas de telecomunicações brasileira em organizações intergovernamentais envolvem considerações macroeconômicas e estratégicas para o país. Isso explica a opção legislativa.

Tratando-se de serviços públicos, a sua finalidade básica é a realização de direitos fundamentais e a promoção do bem-estar dos cidadãos[15], aspectos da vida em sociedade profundamente sensíveis ao julgamento democrático. Mas isso não significa que as matérias referidas no art. 18 sejam absolutamente políticas e sem qualquer conteúdo técnico. Trata-se apenas de uma escolha legislativa sensível à realidade, que confere poder decisório quanto a determinadas políticas relevantes à Chefia do Poder Executivo[16]. Com efeito, inexistindo uma distinção doutrinária auto-evidente entre políticas públicas e regulação, cabe à lei traçar as fronteiras entre as diretrizes a serem definidas pelo governo (políticas públicas) e as decisões a cargo das agências (regulação)[17].

---

[15] V. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 119-189.

[16] Em verdade, existe muita dificuldade em diferenciar decisões absolutamente técnicas e políticas. O que existe é a decisão legislativa em ora acentuar o caráter mais técnico, ora o caráter mais político de certas decisões. O fato de uma decisão ser tomada por órgão político não significa que essa decisão não seja técnica, como também a circunstância de a regulação ser levada a cabo por uma agência especializada não significa que a mesma não tenha algum conteúdo político. V. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 285. V. tb. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 382.

[17] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 285.

Alexandre Santos de Aragão ressalta que a LGT excluiu questões importantes do setor de telecomunicações da atribuição normativa da ANATEL, como, por exemplo, a definição das modalidades de prestação do serviço. Em suas palavras, diante do art. 18, LGT, *"resta extreme de dúvidas, portanto, que definições estratégicas, tais como a definição do plano geral de outorgas, a definição de metas qualitativas, como as de universalização, ficaram a cargo do Presidente da República"*[18].

Veja-se que o conteúdo parcialmente técnico da matéria constante dos art. 18, I a IV, da LGT é sugerido pelo art. 19, o qual estabelece competir à ANATEL a elaboração de uma proposta sobre as matérias de competência da Presidência da República constantes do art. 18. Isso não significa, todavia, e é isso que se quer destacar, que o Presidente esteja jungido à provocação da agência, nem tampouco ao conteúdo de sua eventual proposta. É o que se explicitará no item seguinte.

III. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 18, I A IV E DO ART. 19, III, DA LGT. A TENSÃO ENTRE POLITICIDADE E EXPERTISE NA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES.

No capítulo anterior, identificou-se a *ratio* da Lei Geral de Telecomunicações, pautada na divisão temática de competências entre a Agência Reguladora e a Chefia do Poder Executivo. Conforme se explicou, é evidente a dimensão política atribuída pelo legislador às matérias constantes do art. 18 da LGT, pela atribuição ao Poder Executivo da competência para sobre elas dispor, mediante decreto.

Tal premissa é ponto de partida para a compreensão, sob o plano da hermenêutica jurídica, da relação entre os arts. 18, I a IV e 19, III, ambos da LGT, ora novamente transcritos por razões didáticas:

> *Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:*
>
> *I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;*
>
> *II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público;*

[18] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 270.

> *III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;*
>
> *IV - autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.*
>
> *Parágrafo único. O Poder Executivo, levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países, poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços 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:*
>
> *(...)*
>
> *III - **elaborar** e **propor** ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III;*

A sistemática criada estabeleceu um regime de relações institucionais entre o Governo e a ANATEL que visa a preservar os valores democráticos e a necessidade da atuação técnica da agência. No parágrafo único do art. 18, por exemplo, é explícito que a Presidência da República terá plena competência para regular a matéria (participação de capital estrangeiro em empresas de telecomunicações). Dado o elevado teor político da questão, entendeu por bem o legislador afastá-las da atuação da agência. Todavia, há alguns assuntos em que a divisão não aparece de forma tão explícita. É o que ocorre com os incisos I a IV do art. 18, na sua relação com o art. 19, IV, LGT.

A questão relevante a ser enfrentada é a seguinte: a competência do Presidente da República para *instituir* ou *eliminar*, *aprovar*, ou *autorizar*, por meio de decreto, as medidas regulatórias referidas nos incisos I a IV do art. 18, LGT está condicionada à elaboração de proposta normativa pela ANATEL, a ser encaminhada por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações (art. 19, inciso III)? Em outras palavras: sem a iniciativa da agência reguladora, estaria o Presidente da República impedido, por exemplo, de alterar ou editar novo PGMU, ou ainda instituir novo PGO? E mais: as propostas da ANATEL vinculariam o Poder Executivo, impedindo-o de alterar o conteúdo do que lhe seja submetido?

Não são simples as respostas a tais indagações. De fato, a mera associação semântica dos dispositivos, descomprometida com a lógica e a sistemática da lei, pouco contribuiu para iluminar o processo interpretativo, vez que oferece resultados inconsistentes ou superficiais.

A proposta hermenêutica ora sugerida, em contrapartida, pauta-se na perspectiva de coerência sistêmica dos preceitos analisados[19], guiada pela *ratio legis*. Objetiva-se analisar os artigos à luz do **princípio da razoabilidade das leis**, bem assim dos critérios lógico-sistemático e teleológico de interpretação jurídica.

O princípio da razoabilidade reveste-se, no ordenamento brasileiro, de extraordinária importância e vem sendo empregado com freqüência cada vez maior pelos nossos tribunais, inclusive pelo STF, que tem fundamentado a sua aplicação na cláusula do devido processo legal (art. 5, LIV, CF).

Aponta-se, de um modo geral, a sua origem remota na cláusula *law of the land* (*per legem terrae*), prevista no art. 39 da Magna Carta inglesa de 1215. Destaca-se, ainda, a vigorosa recepção do instituto no direito constitucional norte-americano, através da interpretação judicial conferida ao princípio do *due process of law* – previsto nas Emendas nº 5 e nº 14 da Constituição daquele país –, que reconheceu também nessa cláusula uma dimensão substantiva, associada à idéia de razoabilidade dos atos dos poderes públicos.[20]

Referido princípio pressupõe a constatação de que a lógica jurídica não é matemática, exata e cartesiana, mas constitui antes a lógica do razoável,[21] já que o Direito propõe-se a equacionar problemas práticos da existência humana e estes dificilmente são apreensíveis através de esquemas formais abstratos e exatos[22]. É certo que, como destacou Carlos Roberto de Siqueira Castro, não é viável aprisionar o princípio da razoabilidade em alguma fórmula precisa, já que ele está profundamente sujeito a "*variações de conteúdo ao sabor da evolução, nem sempre retilínea, do sentimento jurídico vigorante em cada tempo e lugar*".[23] Trata-se, portanto, de um princípio fluido, que busca controlar os atos estatais com base em

[19] Atribuir sistematicidade ao direito é uma tarefa não só do legislador como também do intérprete, que deverá empenhar-se em conferir ao conjunto de fontes do direito os atributos de *ordenação* e *unidade*, o que se dará através dos *princípios gerais do direito*, que permeiam todos os ramos do direito (v. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 3ª ed., Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2002).

[20] Sobre a trajetória do *substantive due process of law* nos EUA, veja-se TRIBE. Laurence H. *American Constitutional Law.* 2nd. ed.. Mineola: The Foundation Press, pp. 1302-1435; e NOWAK, John E. & ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law.* St. Paul: West Publishing Co, 1995, pp. 364-469.

[21] Cf. RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho.* 6. ed. México: Ed. Porrúa, 1981, p. 210-261.

[22] Segundo Cass Sunstein, *"No broad rules will be adequate; principles of interpretation do not operate like algorithms. Law is not mathematics"* (SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 156).

[23] SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.* 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 152.

pautas abertas, ligadas à razão e à justiça material. Sem embargo, para que o princípio em questão não se dilua em idéias absolutamente subjetivas e incorpóreas, o que transformaria a sua aplicação no mais completo decisionismo, a doutrina vem tentando delinear parâmetros mais seguros para a sua incidência.

Embora o princípio da razoabilidade seja muito próximo ao da proporcionalidade, parece possível atribuir-lhe uma identidade própria, para dela extrair efeitos peculiares. Neste sentido, Gustavo Zagrebelsky, num importante estudo sobre a razoabilidade,[24] fez referência a uma das principais funções deste princípio na ordem jurídica: a de **manter a racionalidade e a coerência do próprio ordenamento**. Como ensina Zagrebelsky, *"a **razoabilidade como racionalidade**, ou seja, como **não contraditoriedade interna do sistema jurídico**, tem a ver com uma noção do direito que é tudo menos nova, que é a noção do direito como ordenamento".*[25] Para ele, a partir desta idéia estaria justificado o exercício do controle de constitucionalidade para remediar certas contradições internas do ordenamento, tais como *"a irredutibilidade de regras aos seus princípios inspiradores; a incongruência dos meios em relação aos fins; a injustificabilidade da exceção em relação à regra, etc".*[26]

Em linha similar, Jane Reis Gonçalves Pereira, invocando vasta doutrina, registra que "*o princípio da razoabilidade é também aplicado como uma exigência de **consistência e coerência lógica das leis** e das decisões judiciais, exprimindo um dever genérico de 'não contradição*".[27] E, como assentou a autora, esta coerência diz respeito não só aos elementos presentes no próprio ato, como também àqueles que defluem do ordenamento como um todo. Também José Adércio Leite Sampaio ressaltou esta dimensão do princípio da razoabilidade, ao afirmar que dele se extrai um "***mandado de coerência e compatibilidade (razoabilidade como coerência)"* que envolve a exigência de harmonia lógica e teleológica entre a norma e o sistema no qual se insere**.[28]

Assim é que, à luz da exigência de harmonia lógica e teleológica entre a norma e o sistema no qual inserida, cumpre analisar quais, dentre as possíveis interpretações resultantes da associação entre os arts. 18, I a IV e 19, III, LGT, revelam-se compatíveis com o princípio da razoabilidade. A idéia é afastar exegeses absurdas que, ao invés de promover o cumprimento dos dispositivos legais, resultem no seu esvaziamento, comprometendo a racionalidade sistêmica inerente ao ordenamento jurídico.

---

[24] ZAGREBELSKY, Gustavo. "Su Tre Aspetti della Ragionevolezza". In: *Il Principio di Ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale.* Milano: Giuffrè Editore, 1994, pp.179-192.

[25] *Idem, ibidem*, p. 182.

[26] *Idem, ibidem*, p. 183.

[27] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Fundamentais e Interpretação Constitucional. Tese de doutorado defendida em 2004 na UERJ, p. 321.

[28] SAMPAIO, José Adércio Leite, "O Retorno às Tradições: A Razoabilidade como Parâmetro Constitucional". *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 60.

Da conjugação dos dispositivos em tela, podem ser enunciadas as seguintes proposições quanto às relações entre a Chefia do Executivo e a ANATEL:

> (i) O Presidente da República pode fixar ou alterar as normas regulatórias referidas no art. 18, I a IV (*e.g.* o regulamento do PGMU, ou o PGO), independentemente de proposta da ANATEL, embora esteja obrigado a apreciá-la, caso venha a ser formulada;
>
> (ii) O Presidente da República não pode fixar ou alterar tais normas *per se*, dependendo de proposta da ANATEL, o que não quer dizer que esteja vinculado a seus termos – ou seja, pode discordar da agência, embora não possa modificar o plano *sponte sua*;
>
> (iii) O Presidente da República não pode fixar ou alterar essas regulações *per se*, dependendo de proposta da ANATEL, e, mais do que isso, estando vinculado a seus termos, sua competência é meramente homologatória.

Em que pesem as distintas possibilidades interpretativas, obtidas da mera associação semântica entre os artigos, demonstrar-se-á que *apenas* a primeira se revela razoável, posto que a *única* capaz de manter a coerência e a racionalidade da LGT, sob as perspectivas lógico-sistemática e teleológica.

Como explicado acima, ao atribuir ao Presidente da República a competência para disciplinar as matérias constantes do art. 18 da LGT, o legislador reconheceu-lhes conteúdo primariamente político, inserindo-as no espectro de responsabilidades institucionais da Chefia do Poder Executivo.

Desde logo, portanto, à luz da *ratio legis*, sobressai evidente a ilegitimidade da terceira proposição enumerada, a qual, ao vincular o Presidente da República à *iniciativa* e ao *conteúdo* da proposta da ANATEL, reduziria a competência do Chefe do Poder Executivo a mero consentimento da atuação da autarquia. Tal entendimento esvaziaria por completo o viés político do seu ato de decisão, convolando o decreto presidencial em mero ato homologatório da proposta da agência – quando não é esta, por evidente, a perspectiva da lei.

Em verdade, o legislador conferiu uma robusta competência *decisória* ao Presidente da República, ontologicamente distinta das funções cometidas à ANATEL, já que revestida de conteúdo marcadamente político. É irracional e incoerente, por conseguinte, vinculá-la a uma decisão anterior adotada ao âmbito

da agência reguladora, subvertendo a lógica da divisão de competências estabelecida pela LGT. Em suma: caso a proposta da agência houvesse sempre de prevalecer, seria ociosa a previsão de sua submissão, por intermédio do Ministério das Comunicações, à decisão do Presidente da República. Bastaria ao legislador atribuir à ANATEL a competência normativa *tout court* sobre, *e.g.*, a instituição de serviços no regime público e privado, ou mesmo a fixação das normas de universalização, por exemplo. Não o fez, todavia.

É também inadmissível, à luz do princípio da razoabilidade das leis, a segunda interpretação enumerada, pela qual a edição do decreto presidencial estaria condicionada a uma *iniciativa* da ANATEL, aqui compreendida como *estopim* para os atos de aprovação previstos no art. 18 da LGT.

Tal exegese resultaria no *engessamento* do Poder Executivo, propiciando resultado prático inadmissível: a possibilidade de que o Presidente da República jamais exerça a competência que lhe atribui o art. 18 citado. Basta, para tanto, que a agência reguladora, por inércia intencional ou desidiosa, decida por não submeter ao Executivo qualquer proposta de alteração das matérias constantes no art. 18, I a IV. Vamos supor, *e.g.*, que a agência simplesmente não queira, apesar de haver clamor político para isso, alterar o plano de metas de universalização. A Presidência ficaria de mãos atadas? Parece que não.

Vale enfatizar que a LGT não municia o Presidente de meios coercitivos para provocar a ANATEL. Em outras palavras, não há vias institucionais que obriguem a agência a formular *alguma* proposta, nos termos do art. 19, inciso III. Assim, estaria a Chefia do Poder Executivo absolutamente subordinado à iniciativa exclusiva da ANATEL – ou, para tecer oportuna analogia com o direito civil, sujeita a uma *condição potestativa pura*, consistente na vontade unilateral do regulador de propor alterações em questões politicamente relevantes de acordo com um juízo legislativo prévio.

Muito além de uma atuação técnica, a ANATEL estaria, via transversa, definindo os rumos do país a respeito de matéria explicitamente revestida de conteúdo político segundo juízo do legislador, em franca usurpação da competência atribuída à Presidência da República. Repise-se: não se quer afirmar que as questões regulatórias constantes do art. 18 (notamente os incisos I a III) sejam de teor completamente político, sem qualquer dimensão técnica. Tal assertiva, contudo, não prejudica a constatação de que o legislador reconheceu a elevada carga política da matéria, e que competirá ao Poder Executivo sobre ela decidir – não à ANATEL, por via de sua inação.

O ponto a que se almeja chegar é que a interpretação segundo a qual o exercício da competência pelo Presidente da República estaria condicionado a uma iniciativa da ANATEL, ainda que desprovida de conteúdo vinculante, produz efeito prático *irrazoável*, consistente na submissão e possível transferência da responsabilidade político-decisória para a agência reguladora, em franco descompasso com a lógica e a teleologia informadores da Lei Geral de Telecomunicações. Ademais, restaria violado o art. 1º da LGT, o qual vincula o órgão regulador às políticas públicas fixadas pelos Poderes Legislativo e

Executivo. Condicionar a competência presidencial à iniciativa da agência importaria inversão intolerável de sentido, permitindo ao regulador arvorar-se em formulador de política pública.

Repita-se: se a lei expressamente reconheceu o viés político da definição sobre as matérias constantes do art. 18 (*e.g.* aprovação do PGMU e do PGO), é insustentável, sob o ângulo da coerência e da racionalidade sistêmica, considerar meramente homologatória a competência do Presidente da República, ou, ainda, sujeitá-la a uma iniciativa eventual da ANATEL. Tal sujeição, em verdade, mais do que limitar procedimentalmente o exercício da competência presidencial, teria o condão de esvaziá-la, permitindo o engessamento do Poder Executivo e, por via oblíqua, a definição de políticas públicas pela agência.

Ora, como no plano hermenêutico não são admissíveis interpretações incoerentes ou irrazoáveis – capazes de produzir resultados lógica e teleologicamente incompatíveis com a *ratio* legal – referidas exegeses devem ser afastadas, privilegiando-se o entendimento de que, com espeque na norma do art. 18, o Presidente da República pode regular as matérias ali constantes *independentemente* de proposta da ANATEL, muito embora seja obrigado a apreciar tal proposta, caso venha a ser formulada. Assim, por exemplo, se o Presidente da República deseje alterar o PGMU hoje em vigor, sua atuação regulatória através de decreto independerá da provocação da agência.

Observe-se que tal compreensão, para além de prestigiar o conteúdo político expressamente reconhecido pelo legislador às matérias constantes do art. 18, não suprime o viés técnico de que também se revestem assuntos tais como a aprovação de um plano geral de metas de universalização, ou de aprovação de um plano geral de outorgas. Em verdade, a LGT, em seu art. 19, III, ao contemplar a competência da ANATEL para *elaborar* e *propor* ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção de medidas relacionadas ao art. 18, I a IV, LGT, *ressaltou* o papel institucional da agência no setor, a quem caberá formular propostas com vistas ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras – em conformidade com o *caput* do próprio art. 19.

Mais do que isso, pode-se afirmar que o Poder Executivo estará obrigado a analisar as propostas da ANATEL, rejeitando-as ou alterando-as, caso assim entenda adequado, porém sempre justificadamente – quando assumirá o ônus político de tal decisão. De todo modo, o art. 19, III, traz o efeito positivo de explicitar e incentivar o diálogo institucional entre as instâncias de poder, com vistas ao aprimoramento dos serviços de telecomunicações, observadas as respectivas órbitas de competências.

Assim, o sentido razoável e coerente do art. 19, III, LGT, é o de conferir uma prerrogativa à ANATEL, que poderá elaborar e apresentar ao Presidente propostas de instituição, alteração ou substituição das matérias ali elencadas, com vistas ao aperfeiçoamento dos serviços de telecomunicações – nesse sentido, verdadeira *faculdade instrumental* aos fins de que a lei a investiu. Caso isso seja feito, deverá observar o procedimento regular fixado na lei, com a

realização de consulta pública, inclusive. Por outro lado, caso o Presidente decida alterar algumas das normas ligadas às suas competências estabelecidas no art. 18 (*e.g.* PGO ou PGMU) sem qualquer provocação da agência, ou ainda, caso decida alterar algum aspecto da proposta da ANATEL, o fará observando os trâmites regulares para a edição de decretos, na forma da Constituição.

De sua vez, o entendimento ora perfilhado ganha reforço a partir da análise da literalidade da lei e de sua sistematicidade.

Sob o ângulo da interpretação gramatical ou literal, é de se observar que ao mesmo tempo em que confere ao Presidente competência para *instituir* (ou *elimiar*), *aprovar*, ou *autorizar* as matérias constantes do art. 18 I a IV, a LGT não declara *privativa* da agência a atribuição de elaborar a proposta a ser-lhe submetida. Cria-se, como já dito, uma *faculdade* para agência, a qual não exclui a possibilidade de que o Presidente, no exercício de seu típico poder regulamentar, edite decretos para a execução da lei, ato de conteúdo normativo e decisório, fundado no art. 84, IV, CF.

Ademais, ao poder de decisão das medidas regulatórias (instituição, eliminação, aprovação ou autorização) eventualmente propostas pela ANATEL, são ínsitos os poderes de a elas apor "emendas" (*rectius:* alterações) de natureza *(i)* supressiva; *(ii)* modificativa; e *(iii)* aditiva. É comezinho o entendimento segundo o qual a *aprovação*, *instituição* ou mesmo *autorização* constituem atos discricionários da autoridade superior, envolvendo, em regra, o exame da conveniência e oportunidade com vistas à consecução da finalidade legal. Ora, ao rejeitar, total ou parcialmente, eventual proposta da ANATEL, e acolher, por exemplo, sugestões de modificações e acréscimos pontuais do Ministério das Comunicações, o Presidente da República estará praticando ato decisório de autorização, aprovação, ou instituição, tal como o faria à míngua de qualquer proposição da agência reguladora. Por evidente, as alterações de natureza *modificativa* e *aditiva* equivalem, em tudo e por tudo, à iniciativa autônoma do Presidente no sentido da modificação das medidas regulatórias eventualmente existentes e que digam respeito ao art. 18, LGT.

Também sob o ângulo do elemento sistemático de interpretação constata-se que o Presidente não está jungido à provocação da ANATEL. Com efeito, diversos dispositivos da LGT demonstram essa lógica. Sabe-se que um dispositivo de lei não existe isolado dos demais, sendo sempre necessário interpretá-lo no conjunto do sistema de que faz parte[29].

Em primeiro lugar, o já citado art. 1º da LGT deixa claro que a ANATEL está adstrita às políticas públicas fixadas pelo Presidente e pelo legislador. A propósito, é pertinente a lição de Alexandre Santos de Aragão sobre o tema:

[29] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 281.

> *"Não seria de imaginar, realmente, que um órgão ou ente descentralizado, por mais autônomo que fosse, ficasse alheio ao conjunto da Administração Pública.* ***A autonomia não pode servir para isentá-las da obrigação de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais.*** *Se fossem colocadas em compartimentos estanques, a descentralização revelar-se-ia antitética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem seu fundamento.*
>
> *É apenas neste sentido, de inserção nos programas e diretrizes públicas gerais, que deve ser entendida a necessária subordinação (não hierárquica) dos órgãos e entidades materialmente descentralizadas à Administração Pública central.*
>
> *(...)*
>
> *Se a subordinação das agências reguladoras fosse da espécie hierárquica, não seriam efetivamente autônomas ou 'independentes' e, por outro lado, se não estivessem sujeitas a nenhuma subordinação (de direção), sequer integrariam a Administração Pública indireta, descentralizada"*[30]

É dizer: a lei de criação da agência, que a insere no âmbito da Administração Pública indireta, define limites à sua autonomia e meios de direção pela Presidência da República, sendo este o sentido expresso logo no art. 1º da LGT. Nessa toada, é razoável concluir que o art. 1º da LGT é uma cláusula geral da lei, como um vetor a apontar o sentido das relações entre a ANATEL e os órgãos políticos. No que diz respeito às matérias constantes do art. 18, LGT, como demonstrado, a autonomia da agência já nasce limitada pela própria LGT.

Outras normas da LGT confirmam a interpretação sustentada. Veja-se, por exemplo, que o art. 22, referente às competências do Conselho Diretor – colegiado mais importante da agência, estabelece que sua competência, no que diz respeito à definição de políticas públicas, é tão-somente *propositiva*[31], insuscetível, como tal, de gerar a vinculação de qualquer outra instância, quanto mais da instância presidencial. Já no que concerne a assuntos regulatórios típicos da ANATEL, a competência do conselho é efetivamente decisória e ampla, como ocorre, *e.g.*, com a competência para aprovar as normas de licitação e contratos da própria entidade, bem como editar normas de competência da agência[32].

---

[30] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 355 e 357.

[31] Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

(...)

III - **propor** o estabelecimento e alteração das políticas governamentais de telecomunicações;

[32] Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

(...)

II - **aprovar** normas próprias de licitação e contratação;

Ainda numa análise sistemática, é interessante destacar o art. 19, XX, o qual estabelece ser competência da ANATEL *"**propor** ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, **a declaração de utilidade pública**, **para fins de desapropriação** ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público".*

Ora, não é preciso um grande esforço de argumentação para constatar que o Presidente da República: *(i)* não está condicionado a uma proposta da ANATEL para decidir pela desapropriação de um bem, ou instituição de servidão, ainda que a finalidade seja ligada à prestação de serviço público de telecomunicações; bem como *(ii)* não está vinculado a uma eventual provocação da ANATEL, sendo certo que a competência para declaração de utilidade pública decorre de atribuição discricionária da Chefia do Executivo, a ser feita mediante decreto. Isto é, a lei utilizou-se no mesmo art. 19 da expressão *propor*, em hipótese que claramente não torna sua atuação obrigatória e vinculante, mas uma *faculdade* da agência, instrumental à melhor realização de seus fins. Existe uma mesma *ratio* a reger os incisos III e XX do art. 19.

É oportuno observar, ainda, que o art. 10 da LGT determina caber *"ao Poder Executivo instalar a agência, devendo o seu regulamento, **aprovado** por decreto do Presidente da República, fixar-lhe a estrutura organizacional".* O Presidente simplesmente *aprova* o regulamento, sem necessidade de provocação de quem quer que seja – e antes mesmo da criação da agência – a estrutura organizacional da entidade. Trata-se de ato próprio e decisório, como devem ser os regulamentos presidenciais. Portanto, na sistemática da LGT, o ato de *aprovar* prescinde de provocação, embora órgãos e entidades, públicas ou privadas, *possam* submeter propostas à apreciação presidencial. A Presidência da República, todavia, não está adstrita a nenhum tipo de iniciativa de quem quer que seja, nem ao conteúdo da proposta apresentada.

IV. A SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CORROBORAM A TESE DE QUE O DECRETO PRESIDENCIAL DO ART. 18, LGT, É ATO DECISÓRIO E INDEPENDE DE PROVOCAÇÃO DA ANATEL.

As conclusões expostas no capítulo anterior são por fim corroboradas à luz da sistemática constitucional, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É o que se demonstra a seguir.

(...)

IV - **editar** normas sobre matérias de competência da Agência;

Como visto, o legislador ordinário (LGT, art. 18) atribuiu competência normativa expressa à Chefia do Poder Executivo para, por meio de **decreto**, regular as matérias arroladas nos inciso I a IV.

Nessa esteira, sob o influxo da constitucionalização do direito e da necessária filtragem de toda a legislação à luz da Carta Maior[33], decerto que a opção legislativa veiculada no art. 18 da LGT deve ser reconduzida à sistemática constitucional, mais especificamente ao art. 84, IV, CF, que disciplina os regulamentos de execução.

O decreto é o instrumento formal por meio do qual o Presidente da República edita seus regulamentos (atos gerais e abstratos) e demais atos necessários ao cumprimento de seus misteres (por exemplo, a declaração de utilidade pública de um imóvel, que é ato administrativo concreto). O art. 84 da Constituição contém a previsão, em seus incisos IV e VI, respectivamente, de duas espécies de regulamentos: *(a)* os *regulamentos de execução*, expedidos para a fiel execução das leis, e *(b)* os *regulamentos* ditos *autônomos*, que prescindem de lei, e se voltam à organização e funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

No caso do art. 18 da LGT, é bastante claro que a norma atributiva de competência ao Presidente da República amolda-se à previsão do art. 84, IV, CF, já que voltada à regulamentação dos incisos I a IV daquele dispositivo legal (e das demais normas pertinentes contidas na LGT), com vistas à sua execução[34]. Confira-se, a propósito, o teor do aludido preceito constitucional:

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

Ou seja, o legislador ordinário vinculou, de maneira expressa, a regulação das matérias constantes dos incisos I a IV do art. 18 da LGT (dentre as quais a aprovação do PGO) à competência normativa da Chefia do Poder Executivo,

---

[33] SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

[34] Os regulamentos de execução são todos aqueles que se destinam a, de alguma forma, executar o que dispõe a lei sem contrariá-la, sendo que tal execução não está cingida à literalidade legal, mas sim à interpretação de certa maneira criadora do direito em cumprimento e complementação do espírito e do conteúdo da norma legislativa (v. CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, p. 91).

exercida na forma do art. 84, IV, CF. Tal como desenvolvido no capítulo II *supra*, a LGT estruturou racionalmente a divisão de competências entre a Chefia do Poder Executivo e a ANATEL, definindo que, em relação às matérias arroladas no art. 18, a competência normativa da ANATEL nasce já limitada, pelo que se sujeita à observância das políticas públicas definidas pelo Presidente da República, por meio de decreto.

Desse modo, a LGT outorgou à Presidência da República competência para regular amplamente as matérias apontadas em seu art. 18, desde que em coerência com as finalidades legais. A *remissão expressa* à competência regulamentar do Presidente da República, cuja sede constitucional é o art. 84, IV, da CF, não se compatibiliza com qualquer limitação de tal poder normativo seja pela *iniciativa* seja por *conteúdo* proposto pela ANATEL.

Vale lembrar que já é hoje ultrapassado o entendimento de que os decretos presidenciais de execução estariam circunscritos a uma atividade puramente repetidora da lei, configurando "*um mero elemento de sua execução, como um procedimento de sua aplicação*", tal como sustentava Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[35]. Entendida em sua literalidade, a assertiva se converteria, hodiernamente, em uma mera figura alegórica.

Os regulamentos previstos no art. 84, IV, da Constituição, admitem um conceito amplo de execução, não havendo, salvo casos de reserva absoluta de lei, *execução sem criação*[36]. Nas palavras de Caio Tácito, *"regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos em que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar"*[37].

Veja-se que a literalidade do art. 84 da CF reforça o caráter amplo e incondicionado dos decretos de execução. Com efeito, ao atribuir competência *privativa* ao Presidente da República para *"sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução",* o legislador constituinte afastou a ingerência de outros órgãos ou entidades da Administração Pública relativamente às matérias submetidas à competência regulamentar da Chefia do Poder Executivo. Ademais, consoante a letra do parágrafo único do art. 84, trata-se de competência *indelegável*, não passível de ser exercida sequer por órgãos imediatamente vinculados à Presidência (como, *v.g.,* os Ministros de Estado).

---

[35] MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de, *Princípios gerais de direito administrativo*, vol. I, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1969, pp. 311-312.

[36] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 159-160; e CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, p. 91.

[37] TÁCITO, Caio, *Comissão de Valores Mobiliários*. *Poder regulamentar*, in *Temas de direito público: estudos e pareceres*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1079.

Portanto, no caso do art. 18, LGT, tratando-se de matéria *expressamente* cometida à competência regulamentar do Presidente da República, não se pode ter por legítima sua vinculação a propostas elaboradas pela ANATEL ou mesmo à mera iniciativa da agência. Tal interpretação da LGT importaria limitação incompatível com o caráter *discricionário*, *privativo* e *indelegável* conferido aos decretos de execução previstos no art. 84, IV, CF. Ao invés, procedendo-se à leitura do dispositivo legal à luz da Constituição, urge reconhecer que é a ANATEL quem está submetida à regulamentação editada pelo Presidente da República, no que diz respeito ao disposto no art. 18, sem prejuízo da faculdade de elaborar e propor alterações ao regulamento, com vistas ao aprimoramento dos serviços de telecomunicações.

O Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra dispositivos da LGT (ADIn 1.668/DF), já se manifestou sobre o tema, reconhecendo, na esteira do entendimento acima defendido, que a autonomia da ANATEL não é absoluta, havendo de se moldar às disposições legais e regulamentares, nos termos da própria LGT. Consoante trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, relator da ADIn:

> *"(...) Assim, a citada independência não afasta, em si, o controle por parte da própria Administração Pública Federal, exercido, de forma direta, pelo Ministro de Estado da área e, de maneira indireta, pelo Chefe do Poder Executivo, o Presidente da República. Na verdade, o que encerra a alusão à citada independência é a autonomia, em si, do serviço, valendo notar que, de acordo com o artigo 8º, a Agência Nacional de Telecomunicações está vinculada ao Ministério das Comunicações. Destarte, o enquadramento ocorrido, considerado o que se apontou como regime autárquico especial, longe está de revelar a existência de uma entidade soberana, afastada do controle pertinente."*

Mais à frente, analisando justamente a constitucionalidade dos incisos do art. 18 da LGT – que foi reconhecida pelo STF –, destacou o Ministro relator que:

> *"Em primeiro lugar, consigne-se que o artigo 18 confirma tudo o que lançado acima sobre a independência administrativa da Agência Nacional de telecomunicações. Em segundo lugar, não vejo, no que estabelecida a competência do Presidente da República para, mediante decreto, instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, invasão da competência legislativa assegurada à União – inciso XI do artigo 21 e inciso XII do artigo 48 da Constituição Federal. Neste primeiro exame, a previsão exsurge como restrita ao âmbito, em si, da regulamentação da Lei, levando-se em conta a flexibilidade que deve haver na fixação das modalidades de serviço. (...) O que assentado na Lei circunscreve-se à parte final do inciso IV do artigo 84 da Constituição*

> *federal, sobre a competência privativa do Presidente da República para expedir decretos e regulamentos, visando à fiel execução da lei; (...).”*

Por fim, vale conferir a fundamentação exarada pelo STF a propósito da constitucionalidade dos incisos IV e X do art. 19 da LGT. Tais incisos prevêem a competência da ANATEL para, respectivamente, “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público” e “expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado”. A Corte entendeu por dar *interpretação conforme à Constituição* aos aludidos dispositivos, sem redução de texto, para fixar a exegese segundo a qual “a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos **preceitos legais e regulamentares** que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado”. Consoante o Ministro Sepúlveda Pertence:

> *“(...) nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar.*
>
> *Assim, (...) entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da lei das telecomunicações.*
>
> *Dou interpretação conforme para enfatizar que os incisos IV e X referem-se a normas subordinadas à lei e, se for o caso, aos regulamentos do Poder Executivo”.*

Note-se que o entendimento perfilhado pelo STF a respeito do inciso IV do art. 19 tem ampla aplicação ao caso vertente. O aludido inciso, como se referiu, prevê a competência da ANATEL para expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, tal competência subordina-se à lei e, se for o caso (isto é: se a matéria estiver inserida, expressa ou implicitamente, no âmbito da competência normativa regulamentar do Presidente da República), aos regulamentos do Poder Executivo.

Em síntese, é competência do Presidente da República expedir regulamento de aprovação das matérias constantes do art. 18, LGT. Ou seja: nesses assuntos, que estão expressamente cometidos à responsabilidade política do Poder Executivo, subordina-se a ANATEL às diretrizes da Presidência da República.

Em relação à competência da ANATEL prevista no inciso III do art. 19 da LGT, para elaborar e propor medidas relacionadas aos temas constantes do art. 18, I a IV, tratando-se de questões igualmente sujeitas, por lei, à competência regulamentar do Presidente da República, impõe-se reconhecer sua sujeição aos regulamentos editados pela Chefia do Poder Executivo, na forma do art. 18, II, LGT c/c art. 84, IV, CF. A ANATEL está subordinada às decisões normativas traçadas pelo Presidente da República nos âmbitos regulatório em questão, e não o contrário, o que afrontaria o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn nº 1.668/DF.

Por todo exposto, verifica-se que a interpretação dos arts. 18, I a IV, e 19, III, LGT à luz do art. 84, IV, CF afasta qualquer vinculação do Presidente da República à *iniciativa* ou ao *conteúdo* de propostas da ANATEL.

Uma última nota sobre a autonomia da agência. O fato de haver previsão expressa na Constituição da criação de um *órgão regulador* do setor de telecomunicações (art. 21, IX, CF) em nada altera o que se sustentou sobre a ANATEL. *A uma*, porque o próprio texto constitucional remete à lei a fixação das atribuições e limites de atuação da agência, estabelecendo o seu âmbito de autonomia; e *a duas*, porque não é possível extrair da expressão "*órgão regulador*", significado atrelado à existência de entidade dotada de específico grau de autonomia. Órgão regulador pode ser um ministério, uma secretaria, ou uma autarquia tradicional[38]. Nada na Constituição pode levar a concluir que existe uma autonomia constitucionalmente fundada, até mesmo porque não seria possível saber o grau de tal autonomia, o qual só poderia ser definido pela lei[39].

V. CONCLUSÕES.

Ao cabo do presente estudo, é possível sumariar os argumentos acima articulados nas seguintes proposições objetivas:

[38] Neste diapasão, v. Marçal Justen Filho: "seria até questionável a obrigatoriedade da efetiva criação dos órgãos examinados, especialmente porque a disciplina genérica adotada a seu propósito não excluía a possibilidade de exercício de suas atribuições através de instrumentos clássicos conhecidos. Em suma e desde logo, fica consagrado o entendimento de que a inovação trazida pela EC nº 8/95 e 9/95 [referência à criação de órgãos reguladores dos setores de telecomunicações e petróleo] não respalda a idéia de que teria sido criada uma categoria peculiar e anômala de entidades subjetivas na estrutura da Administração Pública" (JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 394).

[39] Segundo Marçal Justen Filho: "As agências dependem de lei para sua instituição, mas também para seu funcionamento. **Os poderes a ela atribuídos deverão estar previstos na lei**. A atuação normativa que lhes pode reservar é aquela de complementar as normas legislativas, desenvolvendo princípios, o espírito e o conteúdo das normas legais" (JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 521-522).

I. A Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), ao criar a ANATEL, estabeleceu genericamente a sua vinculação às políticas públicas fixadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, arrolando ainda, em seu art. 18, os assuntos considerados de elevado teor político e sujeitos, assim, à regulamentação por meio de decreto presidencial.

II. Embora o art. 19, III, da LGT estabeleça a competência da ANATEL para submeter ao Presidente da República proposta das medidas regulatórias referidas nos incisos I a IV do art. 18, LGT, o Chefe do Poder Executivo não está jungido seja à iniciativa da agência, seja ao conteúdo por ela eventualmente proposto.

III. A inteligência extraível dos arts. 18, I a IV e 19, III, da LGT, à luz dos elementos lógico-sistemático e teleológico de interpretação, é a de que o Presidente da República pode regular as matérias de sua competência (art. 18, LGT), nos limites da lei, independentemente de proposta da ANATEL, embora tenha o dever de apreciá-la, caso formulada pela agência.

IV. A LGT, de forma explícita ou implícita, não qualifica como *privativa* a atribuição da ANATEL para submeter ao Presidente propostas de atos regulatórios constantes do art. 18, I a IV. Assim, a agência detém a prerrogativa ou a faculdade instrumental de propor ao Presidente as alterações tópicas ou sistêmicas nesses assuntos, caso entenda necessárias, sem que por isso se exclua a possibilidade de apreciação de propostas de outros órgãos e entidades, públicas ou privadas, pelo Presidente. Ademais, em diversos dos seus dispositivos, a LGT utiliza o verbo “aprovar” e o termo “aprovação” como um ato dotado de *autonomia*, suscetível de ser praticado independentemente de prévia proposição de quem quer que seja.

V. O ato do Chefe do Poder Executivo de que trata o art. 18, LGT, é dotado de conteúdo normativo e decisório, praticado no exercício de seu típico poder regulamentar, por meio do qual edita regulamentos visando à plena execução da lei. A interpretação da LGT *conforme à Constituição* ratifica a conclusão de que o poder normativo expressamente conferido ao Presidente da República pelo art. 18, I a IV, da LGT não se compatibiliza com qualquer condicionamento à *iniciativa* ou a *conteúdo* proposto pela ANATEL.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

BINENBOJM, Gustavo, CYRINO, André Rodrigues. ENTRE POLÍTICA E *EXPERTISE*: A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE O GOVERNO E A ANATEL NA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 6, n. 21, abr./jun. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.