

Princípio da Deferência...

O Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu, na sexta-feira (18.02), o julgamento de Recurso Extraordinário de nº 1.059.819/PE, sob a técnica de repercussão geral, tendo, por ampla maioria, secundado o voto do Ministro Marco Aurélio Mello (relator) para fins de prover o dito recurso e fixar a tese de que *“Afronta o princípio da separação dos poderes a anulação judicial de cláusula de contrato de concessão firmado por agência reguladora e prestadora de serviço de telefonia que, em observância aos marcos regulatórios estabelecidos pelo legislador, autoriza a incidência de reajuste de alguns itens tarifários em percentual superior ao do índice inflacionário fixado, quando este não é superado pela média ponderada de todos os itens”* (grifos acrescentados).

A par de reafirmar o princípio da separação dos poderes, o precedente, fiel à deferência que deve iluminar o Judiciário frente às decisões técnicas tomadas pelas Agências Reguladoras - no caso, a ANATEL - à luz dos respectivos marcos regulatórios setoriais, resguarda a necessária segurança jurídica que deve animar os liames firmados com a Administração Pública (no particular, Contrato de Concessão), vetor que preserva, em última análise, o desenvolvimento e propulsão dos respectivos segmentos (a exemplo, como no caso, das telecomunicações).

Ainda que os axiomas da separação de poderes e da segurança jurídica estejam plasmados na Constituição da República (arts. 2º e 5º, caput), não é em absoluto incomum nos depararmos no cotidiano forense com tensionamento entre as órbitas de competências assinaladas respectivamente aos braços Executivo e Judiciário da Administração Estatal.

Dito tensionamento, por sua vez, se mostra ainda mais palpável quando envolve plexos jurídicos que colhem relações consumeristas, tendo como pano de fundo atividades fortemente reguladas, a exemplo da telefonia, energia e seguros, para ficar apenas nesses três exemplos.

No caso específico das telecomunicações, a colisão entre as competências irrogadas aos Poderes Executivo e Judiciário ganha uma particularidade adicional, na medida em que a Agência Nacional de Telecomunicações

(ANATEL), integrante do primeiro, é a única dentre as agências reguladoras aquinhoadas com status constitucional, expressamente prevista que é no art. 21, XI, da CF (na redação que lhe conferiu a EC nº 08/95, de 15.08.95).

E tal foi a preocupação do legislador federal em lhe revestir de um arcabouço seguro de competências que a dicção do mencionado art. 21, XI, expressamente assinala “...[...].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” (grifos acrescidos).

Tanto assim o é que a Lei Federal n.º 9.472, de 16.07.2007, editada para dar concretude, enquanto “Lei Geral de Telecomunicações” (LGT), ao aludido comando constitucional, de forma congruente assinala em seu art. 22, parágrafo único, que a competência fiscalizadora da dita Agência é indelegável.

E a condição da ANATEL revestir-se como único organismo regulador das telecomunicações já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai, à guisa de exemplo, do REsp. nº 872.584/RS (2006/0166413-0)[\[1\]](#).

Ocorre que a regulação não se destina a produzir conceitos meramente teóricos. Ela afeta, empiricamente, o cotidiano dos cidadãos e das empresas em geral, que, como sujeitos de direito, fazem jus à tutela protetiva do Poder Judiciário, à luz do art. 5º, XXXV, da CF, sempre que divisadas lesão ou ameaças de lesão à respectiva esfera de direitos.

Quando se tem em mira que em serviços massificados como o são aqueles da telefonia fixa, móvel e comunicação multimídia, o espectro de usuários chega à casa de milhões e milhões, tem-se um cenário de “tempestade perfeita” para dissensos entre os usuários e as operadoras, os primeiros – por evidente – se abrindo sob o manto do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, a lógica jurídica que anima todo e qualquer marco regulatório é irradiar balizas e vetores claros para os atores colhidos no segmento econômico regulado, de modo que tanto as operadoras quanto os respectivos usuários (consumidores) possam, nacional e antecipadamente, ter a exata noção da sua gama de responsabilidades e direitos, de modo a que não haja discriminações

na oferta e/ou na fruição da plêiade de serviços congregados em dito marco (cumprindo, assim, a dicção do art. 3º, III, da LGT).

Não por outra razão a CF, em seu art. 22, IV, assinala, com todas as cores, que compete à União Federal legislar acerca das telecomunicações, assegurando com a alçada legiferante federal a unicidade dos conceitos e institutos que alicerçam tão importante segmento (já tendo o STF, por sua vez, em mais de uma oportunidade, asseverado que a defesa do consumidor não autoriza aos estados federados incursionar sobre o marco legal das telecomunicações, como se vê, a título ilustrativo, na ADI nº 5.725/PR, DJE 18.12.2018, cujo condutor é de lavra do Ministro Luiz Fux).

Então, se de um lado a organicidade do marco regulatório das telecomunicações exige uma perspectiva nacional, de modo a assegurar que os usuários Brasil afora possam, nos termos da regulação, fruir da mesma gama qualitativa de serviços em suas várias modalidades, a congruência de referido marco setorial não pode ficar ao alvedrio de exegeses meramente paroquiais.

Nessa perspectiva, países como os Estados Unidos têm as competências de seu sistema judicial estruturadas de modo a que os atos emanados de agências reguladoras possam ser sindicados apenas por Cortes Federais, sendo vedado aos juízes das instâncias originárias, ou mesmo aqueles de âmbito estritamente estadual, incursionarem sobre os atos ou regulamentos editados por tais organismos.

Tal segmentação jurisdicional ainda não se afigura viável no Brasil à luz da legislação processual civil vigente. No entanto, a moldura de freios e contrapesos desenhada pelo legislador constitucional – art. 2º da CF – dá um claro norte do ambiente de convivência sob o qual devem estar harmonicamente aninhados o Executivo e o Judiciário, notadamente quando em cotejo atos emanados de agências reguladoras, em particular aqueles da ANATEL, pelas especificidades já enunciadas.

E é nessa perspectiva que o STF vem, ao longo dos anos, dando voz a um princípio emanado do direito norte-americano, qual seja o da *deferência* do Judiciário aos atos técnicos das agências reguladoras (doutrina da *deferência*

administrativa, solidificada nos EUA, dentre outros, a partir do caso Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council).

Dito princípio emana da constatação de que as agências reguladoras, pela sua própria estruturação especializada, estão mais bem dotadas do que o Poder Judiciário para decidir quanto às miríades técnicas das atividades reguladas, cujas consequências são comumente dinâmicas e, não raro, imprevisíveis para o julgador.

Consoante ressaltado por Cass Sustein, “as normas regulatórias podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas e com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos [...]. As agências reguladoras estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos” (SUSTEIN, Cass R., “*Law and Administration after Chevron*”. Columbia Law Review, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090).

Nesse trilhar, destaque-se o RE nº 1.083.955 AgR., Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28.05.2019^[2], do qual mister pinçar:

“1. A capacidade institucional na **seara regulatória**, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, **revela a reduzida expertise do Judiciário** para o **controle** jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos.

2. O dever de **deferência** do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) **falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias**, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) **possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa**.

3. **A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial.**

4. **A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação.** Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário **não** é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248–251).

5. A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. **Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos. ...[...]**...

8. A atividade regulatória difere substancialmente da prática jurisdicional, porquanto: “a regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); (...) **a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas**” (POSNER, Richard A. "Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework". In: KESSLER, Daniel P. (Org.), Regulation versus litigation: perspectives from economics and law, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13). ...[...]

Na mesma linha a ADI n.º 4679/DF, igualmente de relatoria do Ministro Luiz Fux, que ao referenciar a ADI n.º 1.668/DF – essa com voto conducente de lavra do Ministro Marco Aurélio Mello, assentando a constitucionalidade das

competências irrogadas à ANATEL para expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações prestados, quer em regime público, quer no privado (art. 19, IV e X da LGT) – assinalou:

“No âmbito do direito pátrio, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de reconhecer a validade de lei federal que, ao instituir agência reguladora, conferiu-lhe, com relativa amplitude, poder normativo. No julgamento da ADI nº 1.668/DF, argui-se a inconstitucionalidade do art. 16, incisos IV e X, da Lei nº 9.472/97, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e atribuiu-lhe competência para expedir “normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público” (inciso IV) e “expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado” (inciso X). Tratar-se-ia, segundo os requerentes, de inadmissível delegação legislativa à agência administrativa. Rejeitando a impugnação, o voto do i. Min. Marco Aurélio assentou que seria suficiente para preservar a higidez dos dispositivos emprestar-lhes interpretação conforme a Constituição de modo a reconhecer que “a atuação da Agência há de fazer-se de acordo com as normas de âmbito legal e regulamentar de regência”” (grifos acrescentados).

Nessa ordem de idéias, ainda que se tenha como louvável o intento muitas vezes professado pelo Ministério Público, no sentido de pugnar pela invalidação de atos editados por agências reguladoras, sob color de exercitar tutela protetiva aos consumidores, não se pode deixar de considerar que, se esses atos são exarados em sinergia ao marco regulatório e esse último, a seu turno, se mostra consentâneo ao Texto Constitucional, sem que se divise omissão ou exacerbação da agência na vivificação de suas competências, é defeso ao Judiciário enveredar pelo âmago técnico/administrativo do ato - travestindo-se de “legislador positivo” -, de alçada privativa da agência.

O eventual aperfeiçoamento das molduras regulatórias, de regra, pressupõe prévia reformulação legislativa, mormente se o questionamento se dá sob a ótica da discordância quanto aos critérios e balizas tarifárias e/ou remuneratórias, pena de negativa de vigência não apenas à separação de poderes, mas, tanto quanto, ao próprio axioma da legalidade (art. 5º, caput, da CF), certo que a lei

que lastreia o marco regulatório há de espalhar seus efeitos desde o início de sua vigência e, não sendo ela de validade pré-determinada, até que outra expressamente a revogue, seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria da qual disponha (arts. 1º, caput, 2º, §§ 1º e 2º, 3º e 6º da LINDB, anterior Decreto-Lei nº 4.657/42).

Agregue-se a isso o fato de que atividades reguladas à semelhança da telefonia dependem de outorga governamental, sendo essas de concessão, quando os serviços são prestados em regime público (como na telefonia fixa comutada – STFC), ou de autorização, quando prestados em regime privado (caso da telefonia móvel pessoal - SMP e comunicação multimídia - SCM).

Isso significa que as operadoras, sejam elas concessionárias ou autorizadas, quando decidem se dedicar à prestação de serviços de telecomunicações não de previamente se submeter a certames licitatórios, cujos editais expressamente circunscrevem as balizas remuneratórias, bem como a dinâmica dos respectivos reajustes, sendo tais vetores vinculantes não apenas para as vencedoras dos certames, mas, de igual sorte, para a União Federal, enquanto titular de tais serviços, e para a ANATEL, enquanto agência reguladora. Princípio da vinculação editalícia (art. 4º da Lei Nacional nº 8.666/93).

Nesse sentido, é justo e razoável assumir que quando um grupo privado resolve atender à convocação da União Federal e disputar uma concorrência pública para prestar serviços de telefonia, o faz sopesando uma gama de – certamente expressivos e constantes - investimentos e estruturando um modelo de negócio sob a direta perspectiva de que as balizas remuneratórias e de reajuste tarifário que circunscreveram o edital da licitação serão fidedignamente observadas pela Administração Estatal, em todos os seus quadrantes.

E essa justa e razoável expectativa, por parte dos entes regulados, tem razão de ser, como dito, na própria Carta Constitucional, que proclama, para além dos axiomas da separação dos poderes e da legalidade, que o Estado atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, nos termos da lei, as atribuições de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174, caput, da CF).

Nesse quadrante, não se há de perder de vista que o ambiente das telecomunicações é de acirrada concorrência, de modo que eventual descompasso no reajustamento de tarifas, por uma determinada operadora, para além do prisma da razoabilidade (sempre um vetor a ser considerado, consectário que é do princípio da legalidade), é neutralizável tanto por tanto pela possibilidade de portabilidade franqueada aos seus usuários, sendo ululante que, na medida em que o usuário tem opção dentre vários atores econômicos, concorrentes entre si numa multiplicidade de produtos e serviços – difundidos por maciça propaganda, digno de nota -, o “mercado se autorregula”!

Nessa senda, andou bem o plenário do Supremo Tribunal Federal em observar o princípio da deferência e reipristinar os reajustes tarifários que a ANATEL, segundo a média ponderada do IGP-DI^[3], havia reconhecido à cesta de serviços compreendida na telefonia fixa comutada prestada pela concessionária responsável pela Região 01 do plano geral de outorgas, para o lustro de maio/99 a maio/2000, reajuste tarifário esse que, para além de ser fixado à luz de expressa fórmula técnica constante de cláusula do contrato de concessão, tem lastro no permissivo do art. 103, § 1º, da LGT.

Em seu voto condutor, o Ministro Marco Aurélio Mello assinalou:

“O Supremo, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.679, relator o ministro Luiz Fux, assentou que a revisão judicial de marcos regulatórios editados pelo legislador requer **postura de autocontenção** em respeito tanto à investidura popular a caracterizar o Poder Legislativo quanto à complexidade técnica inerente aos temas que o Judiciário é chamado a analisar pela óptica estrita da validade jurídica. Proclamou a competência legislativa do Congresso Nacional para dispor sobre telecomunicações.

Está em pleno vigor o § 1º do artigo 103 da Lei nº 9.472/1997, a autorizar a média ponderada dos valores dos itens tarifários como base para reajuste, tendo sido adotado o IGP-DI como índice, considerado o parágrafo único do artigo 34 da então vigente Resolução nº 85, de 30 de dezembro de 1998, do Conselho Diretor da ANATEL.

...[....]... No caso, a atuação da ANATEL não excedeu o que previsto pelo legislador. A intervenção do Judiciário no âmbito regulatório dá-se com vistas ao controle de legalidade, respeitadas as capacidades institucionais das entidades de regulação e a discricionariedade técnica dos atos editados” (grifos acrescidos).

Como o julgamento se deu sob a técnica da repercussão geral, o plenário do STF chancelou a tese^[4] referenciada no intróito deste artigo, que valerá, doravante, para todos os casos análogos, irradiando a indispensável segurança jurídica e contribuindo para desanuviar o ambiente de negócios em setores regulados e, nessa ótica, contribuindo para a fidúcia da iniciativa privada nos marcos regulatórios setoriais.

Erik Limongi Sial é advogado e sócio fundador do Limongi Sial & Reynaldo Alves Advocacia (Limongi Advocacia).

^[1] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 872.584-RS. Relator Ministro Humberto Martins. Unânime. Julgado em 20 nov. 2007. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 nov. 2007.

^[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário 1.083.955, Agravo Regimental. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 28 maio 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, 06 jun. 2019. Publicado em 07 jun. 2019.

^[3] Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

[4] “Afronta o princípio da separação dos poderes a anulação judicial de cláusula de contrato de concessão firmado por agência reguladora e prestadora de serviço de telefonia que, em observância aos marcos regulatórios estabelecidos pelo legislador, autoriza a incidência de reajuste de alguns itens tarifários em percentual superior ao do índice inflacionário fixado, quando este não é superado pela média ponderada de todos os itens” (grifos acrescentados).