

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito e administração pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Henrique Ribeiro Cardoso, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-038-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito e Administração Pública I do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), cidade de Aracaju SE, caracterizou-se pela atualidade dos temas versados. Dentre estes, evidenciam-se, por sua recorrência, a improbidade administrativa e as contratações públicas.

Há uma série de acontecimentos e modificações na área do Direito, as quais emergem altas indagações sobre a essencialidade do estudo relacionado ao Direito Administrativo e à Administração Pública.

Dentro desse contexto é que o livro em apreço aborda questões relacionadas aos mais variados assuntos do Direito Administrativo hodierno, inclusive refletindo acerca dos princípios e do regime geral de licitações no Brasil.

A diversidade dos temas apresentados e reunidos nesse Grupo de Trabalho, além de refletir um anseio generalizado de abordagens da Administração Pública concertada, implica imensa satisfação por parte dos seus Coordenadores ao vivenciarem tão enriquecedora experiência, invulgar nas observações e discussões de si extraídas em conjunto com tais pesquisadores intimamente ligados ao desenvolvimento nacional. E, para facilitar a experiência e revisitação aos temas e seus autores, a seguir faz-se breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra

Tratando da análise da Lei de Acesso à Informação nos portais do Poder Legislativo Federal, a autora Clarissa Teresinha Lovatto Barros realiza esse estudo com o intuito de verificar a efetividade da Lei de Acesso à Informação no Legislativo Federal como ferramenta de controle social e transparência do Poder Legislativo Federal.

Evidenciando as influências da atuação do Tribunal de Contas da União no trabalho de regulação que vem sendo desenvolvido pela Anatel, a autora Ana Cristina Melo de Pontes Botelho buscou verificar se esta vem adotando as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Na medida em que a Lei de Licitações é o principal instrumento normativo nas aquisições de bens e serviços para a Administração Pública, o autor João Carlos Medrado Sampaio trata da

eficácia das normas de licitação, em especial da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), na promoção da concretização do princípio constitucional da plena satisfação do interesse público.

Versando sobre a legitimidade da ingerência do Judiciário no âmbito da realização e controle das políticas públicas como forma de concretização constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos ou como invasão de competência alheia, a pesquisadora Marília Ferreira da Silva observa que há um espaço de intangibilidade sobre o qual não pode existir qualquer intervenção extraordinária.

No trabalho *Parcerias Público-Privadas (PPP): Uma análise crítica modernização da Administração Pública em face da reforma do Estado*, os autores Gustavo Brígido Bezerra Cardoso e Aldemar Monteiro da Silva Neto tratam do alcance da desestatização por meio das privatizações e das delegações como ferramenta no aprimoramento das relações do Estado com a iniciativa privada.

Em *Improbidade Administrativa no exercício da Função Jurisdicional*, o pesquisador Jailsom Leandro de Sousa trata da sanção por prática de atos de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal e na Lei 8.429/92, em especial sobre a possibilidade de os juízes serem responsabilizados por tais atos quando no exercício da função jurisdicional, fundado no fato de a constituição e a lei não terem feito distinção de pessoas e nem de tipos de atividades funcionais.

Realizando uma releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público em detrimento do Interesse Privado à luz do Estado Constitucional de Direito, os autores Gina Chaves e Érico Andrade buscam demonstrar que a Administração Pública tem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um instrumento efetivo para atender ao Estado Constitucional de Direito, na busca pela implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Os autores Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça em *A absolutização do Direito Administrativo na Utopia Racionalista* demonstram como o Direito Administrativo se torna, na visão deles, absoluto ou total nas sociedades utópicas em decorrência da necessidade constante de manutenção da ordem artificial em detrimento da ordem espontânea.

Em A responsabilidade do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, Ronaldo Alves Marinho da Silva e Gustavo Santana de Jesus realizam uma análise do âmbito da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional em Portugal.

Os autores Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas realizam uma análise sistêmica das licitações no âmbito do MERCOSUL e dos recursos do Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM), dando a ideia da imprescindibilidade de que o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL seja efetivamente incorporado pelos Estados, adquirindo vigência no espaço mercosulista e tornando-se, de conseguinte, de obrigatória observância para todos os procedimentos licitatórios realizados pelos Estados-partes e também para o FOCEM.

No artigo Crise de legitimidade do legislativo e a construção de consensos os autores Talia Bárbara Tumelero e Luiz Carlos Cancellier de Olivo tratam dessa crise apontando os fatores determinantes, as consequências deste processo na consolidação da democracia no país e alguma solução possível para esta realidade.

Abordando os principais benefícios e riscos da utilização do procedimento de manifestação de interesse social previsto na Lei 13.019/2014, que disciplina as parcerias entre o poder público e o terceiro setor, a autora Mariana Bueno Resende analisa o procedimento de manifestação de interesse já utilizado nas concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

Ao tratar do papel das Agências Reguladoras em cenários de instabilidade política e econômica, o autor Francisco Carlos Duarte analisa se as mesmas estão preparadas para agir imediatamente diante de momentos de instabilidade política e econômica, atenuando as consequências para a sociedade e se conferem maior credibilidade à Administração Pública.

O pesquisador Hugo Lázaro Marques Martins, ao realizar uma análise dos Consórcios Intermunicipais e a efetivação da prestação do serviço público de saúde à luz do Princípio Constitucional da Eficiência, demonstra que os Consórcios Públicos apresentam-se como uma das melhores alternativas gerenciais, já que permite a estruturação regional da prestação do serviço público.

No último artigo da coletânea, Emerson Affonso da Costa Moura e Juliana Campos Maranhão demonstram que em uma ordem constitucional voltada à centralidade dos direitos fundamentais, o poder de polícia se submeterá a um juízo de ponderação entre o interesse

público e privado envolvido, de forma a justificar a sua restrição, bem como, a limites procedimentais e substanciais para a sua aplicação.

Com a breve exposição dos trabalhos, é possível ver a atualidade, mediante o emprego de métodos vão além da mera exposição dogmática, a revelar o chamado pensamento tecnológico, voltado para a aplicabilidade e solução dos conflitos com o emprego de uma percepção mais completa e funcional do Direito na Administração Pública, de sorte a revelar investigações científicas cuja leitura recomenda-se vivamente.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr UNICURITIBA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR

O IMPACTO DAS DECISÕES DO TCU EM RELAÇÃO À EFICÁCIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES-ANATEL NA FISCALIZAÇÃO DA QUALIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELAS CONCESSIONÁRIAS DE TELECOMUNICAÇÕES

THE IMPACT OF TCU DECISIONS REGARDING THE EFFECTIVENESS THE NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AGENCY ANATEL IN INSPECTION OF QUALITY SERVICES PROVIDED BY THE TELECOMMUNICATIONS DEALERS

Ana Cristina Melo de Pontes Botelho

Resumo

A atuação das agências reguladoras diante do contexto de desestatização e concessão de serviços públicos, tem se mostrado de extrema relevância para a sociedade brasileira. Diante da nova moldura normativa trazida pela Emenda Constitucional nº 8/1995, que flexibilizou o modelo brasileiro de telecomunicações, e pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT - Lei 9.472/1997), o trabalho procurará evidenciar as influências da atuação do TCU no trabalho de regulação que vem sendo desenvolvido pela Anatel, buscando verificar se esta vem adotando as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras. Os exames empíricos feitos mostram que as auditorias operacionais já desenvolvidas pelo TCU vêm contribuindo para a melhoria da efetividade da atuação da Anatel, pois após ter recebido determinações/recomendações, a Agência passou a atuar com maior transparência no sentido de divulgar, por exemplo, índices de desempenho e qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias de telecomunicações.

Palavras-chave: Anatel, Recomendações, Eficiência, Eficácia, Economicidade, Efetividade.

Abstract/Resumen/Résumé

The performance of the regulatory agencies on the context of privatization and concession of public services, has proved extremely relevant for Brazilian society. Given the new regulatory framework brought by Constitutional Amendment 8/1995, which relaxed the Brazilian model of telecommunications, and the General Telecommunications Law (LGT - Law 9472/1997), the work will seek to highlight the influences of Court of Auditors of the Union/TCU in the work of regulation that is being developed by the Anatel, seeking to verify if this has been taking the necessary care to the public interest and the development of Brazilian telecommunications measures. Empirical tests done show that performance audits already undertaken by TCU have contributed to improving the effectiveness of the performance of Anatel, because after receiving determinations/recommendations, the Agency began operating with greater transparency in disclosing, for example, rates performance and quality of services provided by telecommunications concessionaires.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Anatel, Recommendations, Efficiency, Efficacy, Economy, Effectiveness.

O ESTADO NEOLIBERAL COMO PROPULSOR DE MUDANÇAS PROFUNDAS NA FORMA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E DE FISCALIZAÇÃO DESSES SERVIÇOS

Diante da insuficiência de recursos do Estado Social para a realização das expectativas e anseios da sociedade, da ineficiência dos serviços prestados pela Administração Pública, da necessidade de melhor atendimento dos interesses dos administrados, o Estado Brasileiro foi gradativamente sendo modificado, diante da proeminência de novas ideias liberais, que passaram a veicular fortes argumentos, quais sejam: riscos de concentração do poder estatal; ineficácia da intervenção estatal na economia (FRAZÃO, 2011, p. 189).

Na realidade, diante das mudanças de pressupostos econômicos, sociais, políticos, culturais, e da constatação de que o Estado se tornou grande demais e ineficiente em suas prestações de serviços, a própria consciência social, pautada em ideias neoliberais, foi caminhando rumo a um novo paradigma, qual seja: enxugamento da máquina estatal e devolução de atividades à iniciativa privada.

A pretensão era exatamente tornar o mercado mais competitivo, mais ágil, mais aberto às inovações tecnológicas, com o fito de conseguir melhorias na qualidade dos serviços, tornando-os mais rápidos, eficazes, e, por conseguinte, convergentes às exigências sociais.

As teorias neoliberalistas, embora reconheçam as falhas inerentes às leis de mercado, defendem que essas falhas são bem menos relevantes que as decorrentes da atuação estatal. Antigos argumentos liberais são constantemente retomados para defender que o Estado precisa assumir uma posição de neutralidade frente à coletividade administrada, de forma a permitir a mais ampla fruição das liberdades individuais.

Diante dessas novas concepções neoliberais, o Estado brasileiro foi minimizando sua intervenção no domínio econômico por meio das privatizações. Muitas empresas estatais foram se transformando em empresas privadas. Demais disso, as funções de prestação de serviços públicos foram sendo, paulatinamente, descentralizadas, por meio das concessões e permissões de serviços públicos.

Em face dessa nova realidade, foi dado o pontapé inicial para uma nova era no direito administrativo, pois os objetivos do Estado se modernizaram, o que vem permitindo

que prestadores de serviços públicos, como entes privados que são, não fiquem adstritos a técnicas gerenciais que não mais se aplicam à realidade, diante dos novos anseios da sociedade.

Nesse contexto, cumpre destacar que é a própria Constituição da República Federativa do Brasil que, em seu artigo 175, prevê que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos. Essa atribuição, no entanto, só pode ser repassada aos agentes privados por meio dos instrumentos de concessão ou permissão, sempre com a utilização de procedimento licitatório que possibilite a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Caberá à lei, nesse particular, dispor não só sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, como também sobre os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado. Em sendo assim, diante de todas essas exigências, as descentralizações das prestações de serviços públicos e as privatizações fizeram com que surgisse uma nova forma de intervenção do Estado no domínio econômico, qual seja: a regulação.

Mas como exercer a atividade regulatória diante de tantas teorias neoliberais que primam pela máxima neutralidade do Estado e mínima intervenção deste no domínio econômico? Como justificar a necessidade de organização da atividade econômica por parte do Estado? Em que medida deve atuar o Estado na limitação ao princípio da livre iniciativa?

Com referência à neutralidade, a Professora Ana Frazão (FRAZÃO, 2011, p. 195), tomando por base os ensinamentos de Raz¹, lembra que ela não é capaz de sustentar a existência de um Estado mínimo. Assim, a neutralidade do Estado, utilizada numa acepção positiva, seria aquela que possibilitasse que os cidadãos pudessem buscar suas próprias concepções de bem, por meio da redistribuição de recursos.

Quanto à segunda questão, destaca que não se pode associar o neoliberalismo à defesa irrestrita do *laissez-faire*, visto que, em verdade, não se pode adotar a ingênua premissa de que a economia é auto-regulável.

No que diz respeito ao limite da intervenção estatal, a Professora Ana Frazão (FRAZÃO, 2011, p. 520/522) destaca que John Stuart Mill coloca que o motivo que

¹ Joseph Raz, filósofo político, moral e do direito, é um dos mais proeminentes advogados do positivismo jurídico.

justificaria a intervenção estatal na liberdade seria o de evitar que o exercício desta causasse danos a terceiros. Leciona, outrossim, que Hayek posiciona-se de forma favorável à intervenção do Estado na economia, desde que seja de uma forma que favoreça o exercício da concorrência, e não contra esta. Ainda este autor, considerado o grande neoliberal do século XX, reconhece a necessidade de regulação jurídica para o funcionamento dos mercados, admite a intervenção estatal em favor da concorrência e propugna para que um mínimo existencial seja assegurado a todos os indivíduos.

Destarte, não há dúvidas quanto à necessidade da regulação diante de um modelo neoliberal. Na prática, a adoção de políticas neoliberais não implicou na superação total dos ditames do Estado Social, haja vista que apesar da busca da diminuição da participação do Estado na economia e da redução das prestações estatais, com o fito de se atingir o Estado mínimo, este percebeu que não poderia ver-se livre de encargos sociais intrínsecos ao *Welfare State*². Assim, o Estado Neoliberal coexiste com o Estado Social que, no Brasil, adquire feições cada vez mais protecionistas, que buscam incrementar as políticas públicas assistenciais para reduzir as desigualdades.

REGULAÇÃO

Nesse contexto, o que seriam as agências reguladoras e como surgiram?

Seriam, justamente, órgãos do Estado criados com o objetivo de suprir as deficiências de mercado. Surgiram no Direito Inglês como órgãos dotados de autonomia, e que tinham a finalidade de aplicar e concretizar as normas legais. No Direito norte-americano, as agências são de várias espécies, como “regulatory agencies”, “independent administrative agencies”, “non regulatory agencies”, “executive agencies”. A tradição das agências é tão

² Celso Ribeiro Bastos, ao comparar o neoliberalismo com o liberalismo, ensina-nos que: “O neoliberalismo, ao mesmo tempo em que parece, se diferencia do liberalismo. Eles são semelhantes na medida em que se utilizam da mesma palavra, qual seja, a liberdade. Mas se diferenciam na medida em que o antigo liberalismo empregava essa palavra de maneira abrangente, para referir-se a toda e qualquer manifestação da vida humana, da liberdade e da propriedade. No neoliberalismo, a palavra liberdade é empregada essencialmente quando se trata de comércio e circulação ampliada de capital. No antigo liberalismo, o Estado não deve se intrometer na vida de seus cidadãos, a não ser dentro de certos limites. Esses limites podem ser definidos como as obrigações que o Estado chama para si, como o oferecimento de previdência social, assistência social, educação, saúde e desporto. Já o neoliberalismo apregoa a não intervenção do Estado na vida de seus cidadãos, nem sob certos limites. Em vez das atenções estarem voltadas para o social, elas estarão voltadas para o mercado e para as atribuições menores (BASTOS, 2002, p. 125).

forte nos EUA, que o Direito desses órgãos confunde-se com o próprio Direito Administrativo do País.

Mesmo tendo o Direito brasileiro adotado a designação de agências reguladoras advinda do Direito norte-americano, a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2003, p. 399) adverte que o modelo de regulação adotado pelo Brasil tem por base o da Administração Pública Francesa. Segundo ela:

“Enquanto nos sistema europeu continental em que se inspirou o direito brasileiro, a Administração Pública tem uma organização complexa, que compreende uma série de órgãos que integram a Administração Direta e entidades que compõem a Administração Indireta, nos EUA toda a organização administrativa se resume em agências (vocábulo sinônimo de ente administrativo em nosso direito), a tal ponto que se afirma que o Direito norte-americano é o direito das agências.”

Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2002, p. 286), por sua vez, ensina-nos que:

“O exame do instituto das agências reguladoras em face do Direito brasileiro deve ser acompanhado de inúmeras cautelas, destinadas a evitar, preponderantemente, o risco de adoção de características incompatíveis com o sistema pátrio. Trata-se da problemática clássica do direito comparado, em que o estudioso tem o dever de conhecer não apenas o direito estrangeiro, mas especificamente o nacional. A introdução de um determinado instituto, desenvolvido ao interior de um sistema estrangeiro, sempre propicia esse desafio e envolve o dever de diligência dos operadores jurídicos...”

Nessa linha, as agências, ao atuarem autonomamente, têm a função de agir no sentido de impedir que os agentes econômicos atuem para obter soluções egoísticas que lhes sejam mais satisfatórias em detrimento da sociedade.

Assim, ao repassar atividades que antes eram típicas de agentes públicos a agentes privados, como no caso das telecomunicações (Emenda Constitucional nº 8/1995), o Estado não pode deixar que o mercado conduza, por si só, as regras do jogo, tal como na concepção liberal outrora defendida.

O Estado tem que intervir para que, por exemplo, os agentes econômicos possam difundir, de forma transparente e ágil, informações que permitam que os destinatários dos serviços (consumidores) possam realizar escolhas mais adequadas.

Essa intervenção é feita justamente pelas agências reguladoras, as quais têm como tarefa garantir o bom funcionamento do setor a que se dedica, orientando sua atuação no longo prazo. Precisa resistir não somente às pressões de qualquer governo que tente impor resultados de curto prazo, em função das restrições impostas pelo ciclo eleitoral, como também às de empresas reguladas que precisam apresentar, o mais cedo possível, resultados positivos para os seus acionistas³.

Nesse sentido, leciona Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2002, p. 125):

“O Estado exerce competências normativas e edita normas decisivas para o desempenho da atividade econômica, algumas com matriz constitucional como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (art. 5º, XXXII), a lei de remessa de lucros, a lei de repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, §4º), entre outras. Exerce, ademais, competências normativas de cunho administrativo, editando decretos regulamentares, resoluções, deliberações, portarias, algumas em domínios relevantíssimos, como a política de crédito e a política de câmbio. Por fim, desempenha também o poder de polícia, restringindo direitos e condicionando o exercício de atividades em favor do interesse coletivo.”

Nessa perspectiva, e diante das novas concepções liberais trazidas a lume, como o Estado passou a delegar à iniciativa privada, sempre por meio de concessão, precedida de licitação, a prestação de serviços públicos, o exercício do poder de polícia das agências reguladoras adquiriu papel essencial na organização do Estado Brasileiro.

Noutros termos, pode-se dizer que a drástica alteração e flexibilização do monopólio estatal no domínio econômico trouxe consigo a premente necessidade de tornar as agências reguladoras modelos de organização, dotadas de instrumentos de fiscalização eficazes para o atingimento de níveis de confiabilidade e segurança na prestação dos serviços delegados.

³ Marcos Regulatórios no Brasil. O que foi feito e o que falta fazer. Lucia Helena Salgado e Ronaldo Seroa da Motta Editores. Rio de Janeiro: IPEA, 2005. p.10.

Preconiza a CF/88, em seu art. 174, *caput*, que Estado exercerá, na forma da lei, como agente normativo e regulador da atividade econômica, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. O Estado, então, diante dessa importante função Estatal, criou Autarquias Especiais para atuarem como agentes reguladores da atividade econômica.

Em relação ao Direito Regulatório, Gunther Teubner (TEUBNER, 1988, p. 49) nos ensina que:

“juridificação não significa apenas crescimento do Direito, mas designa antes um processo no qual o Estado Social intervencionista cria um novo tipo de Direito, o direito regulatório. Apenas quando ambos estes elementos – materialização e finalismo político-intervencionista – são tomados em atenção conjuntamente, poderemos entender a verdadeira e específica natureza do contemporâneo fenômeno da juridificação. Em suma, o direito regulatório – que ‘especifica coercitivamente a conduta social em ordem à consecução de determinados fins materiais’ – caracteriza-se pelo primado da racionalidade material relativamente à racionalidade formal e pode ser definido de acordo com os seguintes aspectos: no plano de sua função, é um direito associado às exigências de direção e conformação social, próprias do Estado Social; no de sua legitimação, é um direito onde assumem fundamental relevo os efeitos sociais despoletados pelas suas próprias regulações conformadoras e compensadoras; finalmente, no plano de sua estrutura, o direito regulatório afigura-se como um direito particularístico’, finalisticamente orientado e tributário das ciências sociais.”

Assim, o aparato regulatório previsto no artigo 174 da CF/88 serve, justamente, para evitar a dominação de mercados por determinados agentes econômicos, que, em geral, tendem a abusar do poder econômico gerado pelos resultados financeiros advindos da prestação de serviços tipicamente públicos. A pluralidade desses agentes faz com que eventuais quebras não ponham em risco a integridade do sistema. Para isso, faz-se necessária uma fiscalização rigorosa quanto à correção dos procedimentos financeiros e de segurança em geral.

O art. 175 da CF/88, por sua vez, ao preconizar que cabe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos,

estabelece, em seu parágrafo único que a lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Nessa acepção, Calixto Salomão Filho (FILHO, 2001, p. 46), comenta sobre a reinterpretção a ser dada ao artigo 175 da nossa Carta Magna, asseverando que esse dispositivo legal:

“deve ser interpretado no sentido de permitir uma interpretação regulamentar muito mais abrangente nos contratos, em prol da introdução efetiva da concorrência e do amplo acesso aos serviços. É possível regular diretamente os contratos de concessão e fiscalizar seu cumprimento, as relações entre concorrentes e consumidores, mesmo que isso implique forte dirigismo contratual (profundo a ponto de impor determinado tipo de contratação).”

Vê-se, assim, que, na visão do doutrinador a intervenção a ser feita pelo Estado não deve ser estrita, e sim a mais abrangente possível, diante da necessidade de criar condições estruturais para que as atividades de prestação de serviços públicos sejam exercidas pela iniciativa privada segundo princípios concorrenciais, de forma que o Estado deve figurar como garantidor não só da difusão do conhecimento econômico, como também da higidez e segurança do mercado, tudo isso levando em consideração a segurança dos cidadãos.

Nesse contexto, a manutenção da concorrência requer uma atuação preventiva dos agentes reguladores tendente a controlar comportamentos do mercado que busquem não só eliminar a concorrência, como também agir em conluio, em claro incentivo a práticas anticoncorrenciais. Nesse sentido, é essencial interferir fortemente na disciplina contratual. Essa interferência é feita em grande parte, como visto, pelos entes reguladores.

A despeito das vantagens advindas da regulação, as críticas a ela direcionadas baseiam-se ora na falta de sistematização, dada a mescla de origens históricas, ora nos erros cometidos decorrentes da falta e do excesso da atividade regulatória.

Calixto Salomão Filho (FILHO, 2001, p. 46) adverte que mesmo diante de um forte controle, as concessionárias tendem a desenvolver maneiras de contornar os comandos proferidos, muitas vezes em prejuízo aos usuários, que passam a receber serviços de qualidade

inferior. Nessa linha, fala o autor (FILHO, 2001, p. 110) sobre a origem do processo de desregulamentação, a partir das tendências adotadas pela Escola Econômica da Regulação ou Escola Neoclássica. Assim se posiciona, *verbis*:

“Na verdade, a teoria econômica da regulação, orientada pelo neoclassicismo, crê poder prever os resultados e, conseqüentemente, indicar os fins da atividade econômica. A regulação serve apenas como substituto do mercado. O regulador é ou deveria ser capaz de reproduzir um mercado em laboratório ou, melhor dizendo, nos gráficos de oferta e demanda. Evidentemente, porque baseada na crença cega do mercado, para tal teoria a regulação só será necessária enquanto não existir solução de mercado mais eficiente. Por essa razão, como se verá, nela encontra-se o sêmen dos movimentos desregulatórios.”

A pergunta que surge é a seguinte: em um mercado como o nosso pode-se negar a efetividade da regulação em favor das regras próprias de mercado?

Concretamente, diante da incipiência da atividade regulatória no Brasil e da necessidade real de intervenção estatal para que, de fato, os fins sociais buscados possam ser alcançados, o que se vê é uma necessidade de incremento da atividade regulatória e não um movimento em sentido contrário, qual seja: o da desregulação.

Lucas de Souza Lehfeld, em obra coletiva organizada por Alexandre de Moraes (MORAES, 2002, p. 95), observa, ao falar sobre a necessidade gradativa de liberalização e desregulamentação, que:

“as telecomunicações brasileiras ainda apresentam quanto aos institutos de fiscalização e controle econômico, imaturidade para um processo de desregulamentação capaz de atender ao mesmo tempo às necessidades do mercado multilateral e ao interesse público inerente a esse tipo de atividade. Por isso, faz-se necessário traçar os principais aspectos presentes na regulamentação do setor, pós-privatização, em face das diretrizes prescritas no Anexo sobre Telecomunicações do Gats.”

Finalmente, tendo em vista que estamos distantes de uma realidade de desregulamentação, e diante das considerações aqui alinhadas, resta trazer à baila o conceito

de agências reguladoras. Vários poderiam ser citados, no entanto, pela simplicidade e clareza, vale destacar o traçado por Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, 2009, P. 275), em sua obra “Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico”.

De forma preliminar, o autor enfatiza que todo conceito é sempre uma tentativa de apreensão da realidade, que é fluída e imprecisa. Assim, ao expor suas considerações sobre os resquícios de imprecisão naturais de toda definição, conceitua as agências reguladoras independentes brasileiras como sendo:

“Autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiados cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*.”

O PAPEL DO TCU NA FISCALIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A autonomia das agências não pode se desprender da necessidade precípua de bem gerir os recursos públicos, com o máximo de transparência e efetividade.

Nesse contexto, cumpre destacar que a atividade administrativa está sujeita ao Controle não só do Poder Executivo, como também dos Poderes Legislativo e Judiciário. Destarte, o controle social dos processos decisórios-normativos das agências reguladoras terá as características, peculiaridades e limitações próprias ao Poder que esteja desempenhando o controle.

Há, ainda, a previsão legal de atuação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), como órgão auxiliar ao desempenho das tarefas regulatórias da Agência (art. 18, parágrafo único do Decreto nº 2338/97). Destaca-se, também, a articulação da Anatel com os preceitos da Lei nº 8078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e com as disposições do Decreto nº 2181/97 (Sistema Nacional de Defesa do Consumidor).

A despeito da existência desses órgãos de defesa do consumidor, não se pode perder de vista a supremacia da Anatel, visto que essas entidades atuam de forma supletiva, cabendo

à Anatel a aplicação das sanções administrativas previstas do Código de Defesa do Consumidor (art. 19, parágrafo único do Decreto nº 2338/97).

O Controle feito pelo Executivo é de ordem administrativa, e tem como fundamento os princípios da legalidade e da primazia do interesse público sobre o interesse privado. Em relação à Administração Indireta, o controle tem um caráter mais restrito, conformando-se com os limites traçados em lei.

O Poder Judiciário, de seu lado, também exerce o controle da atividade normativa dos órgãos executivos, tarefa indeclinável a ele repassada pelo art. 5º, inciso XXXV da CF/88, que preconiza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito.” Como cabe ao Judiciário dar a última palavra sobre as questões que lhe foram levadas à apreciação, este desenvolve um controle residual que tem a finalidade de corrigir excessos ou desvios de poder eventualmente ocorridos.

Nos Estados Unidos⁴, por exemplo, o controle judicial sobre os atos das agências foi ampliado, o que permitiu ao Poder Judiciário verificar “não apenas o procedimento, como também a razoabilidade das decisões diante dos fatos e a proporcionalidade da medida em relação aos fins contidos em lei.” (DI PIETRO, 2001, P. 146)

Cabe ao Poder Legislativo, finalmente, proceder ao controle legislativo da Administração, por meio de exigência de aprovações e autorizações para a prática de atos, do poder de requisitar informações a ministros ou a outros agentes públicos, do poder investigativo conferido às comissões parlamentares de inquérito.

O Congresso Nacional tem a importante tarefa de fiscalizar a atuação das agências, tendo em conta que o art. 49, inciso X da CF/88, dispõe que compete exclusivamente ao Congresso Nacional “fiscalizar e controlar diretamente, ou por qualquer de suas casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta”. Isso quer dizer que o legislativo

⁴ Quanto aos transplantes institucionais, muitas vezes quer parecer para os mais desatentos que o Brasil fez um “copiar/colar” do modelo regulatório norte-americano para o setor de telecomunicações. O fato de incorporar experiência institucional estrangeira ao nosso modelo de regulação, não quer dizer que houve um transplante feito “às cegas”. Nesse cenário, há que se ter em conta que a constituição de novas instituições não pode se desvincular de todo um contexto cultural, bem assim de tradições institucionais. Mesmo assim, não podem ser desconsideradas as vantagens iniciais da imitação institucional (Chang, 2007, p. 17-33). Assim, o “catching-up” para os países de desenvolvimento tardio pode ser um fator que traz a elevação de padrões de democracia política, direitos humanos, desenvolvimento social e econômico (Chang, 2002, p. 17-33). Noutros termos, a imitação institucional não pode ser vista de maneira pejorativa, mas como um fator que proporciona que os “imitadores”, com o tempo, possam, inclusive, atingir níveis institucionais mais avançados que o dos “imitados”. Só basta tirar o máximo proveito das experiências já adquiridas em outros países, e com isso, buscar inovar e não incorrer em erros outrora já experimentados no decorrer do aprendizado institucional do país tomado como modelo (CAROTHERS, 2006, p. 15-28).

pode exigir a qualquer tempo, manifestação e esclarecimento da Agência sobre a prática de determinados atos.

Nessa linha, o Tribunal de Contas da União, Órgão que auxilia o Congresso Nacional no exercício do Controle Externo, realiza a fiscalização da gestão administrativa das agências reguladoras, ou seja, sobre atos atinentes a pessoal, licitações, contratações. Demais disso, numa importante vertente de fiscalização, verifica, em auditorias operacionais, a eficiência, eficácia e efetividade, economicidade das atividades de regulação e fiscalização exercidas pelas agências em relação aos entes privados.

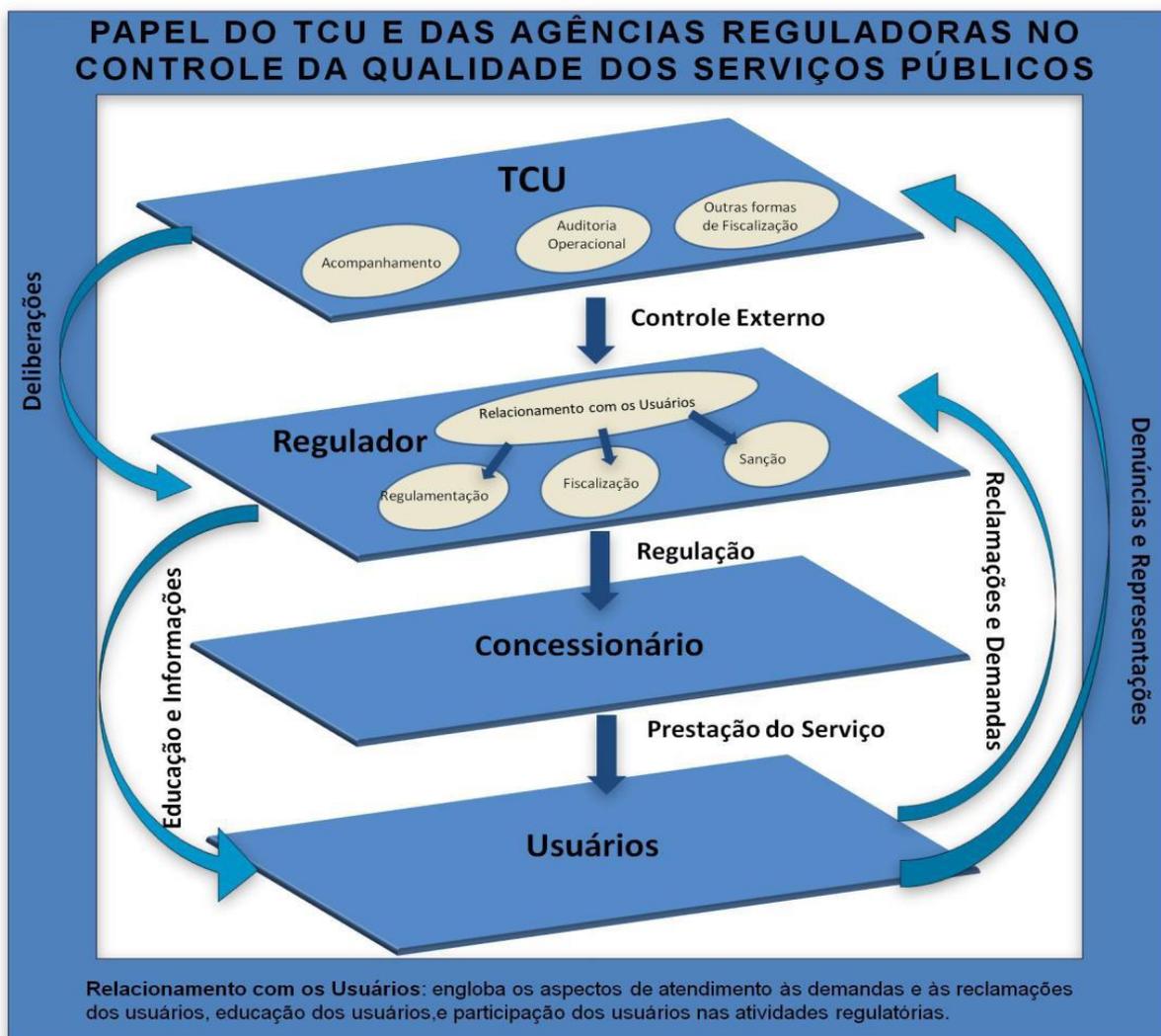
Diante das vertentes de controle aqui comentadas, é sobre auditorias operacionais realizadas pelo Tribunal de Contas da União na Anatel que focaremos os estudos objeto do presente trabalho. Nessas auditorias, outros critérios de avaliação podem ser utilizados, como o atendimento de metas, que abrangem, entre outras, a qualidade do serviço das concessionárias.

Em decorrência disso, ao apreciar o desempenho das agências reguladoras frente às suas competências legais e regimentais, o TCU efetua deliberações que visam aprimorar os procedimentos adotados pelas agências quando estas analisam a qualidade na prestação dos serviços públicos e o grau de atendimento às expectativas dos usuários.

Assim sendo, o controle externo exercido pelo TCU sobre a regulação é consequência do dever constitucional e legal da Corte de Contas de fiscalizar o desempenho das agências reguladoras, sem, é claro, buscar se substituir a elas, afinal cada um age no limite de suas competências.

A figura abaixo busca retratar um modelo que incorpora as funções regulatórias das agências no controle da qualidade dos serviços públicos e o papel do TCU no controle das

agências.



Pelo esquema gráfico acima, resta claro que o TCU pode verificar, por meio de instrumentos de controle que lhe são peculiares, como os agentes reguladores desempenham suas funções regulatórias. Para isso, os princípios da economicidade, efetividade, eficácia, têm especial relevo, bem assim os delineados no *caput* do art. 37, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Muito embora o Tribunal disponha de vários instrumentos para realizar seu trabalho de controle, como acompanhamentos, tomadas de contas, inspeções e auditorias, a auditoria operacional vem sendo considerada o principal meio de fiscalização para mensurar a atuação

dos órgãos reguladores na garantia da qualidade dos serviços prestados aos usuários. Conforme definição do Manual de Auditoria Operacional do TCU a Auditoria Operacional é⁵:

Auditoria operacional – ANOp é o exame independente e objetivo da economicidade⁶, eficiência⁷, eficácia⁸ e efetividade⁹ de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública. (BRASIL, 2010)

A auditoria operacional, assim como outros trabalhos investigativos, necessita da definição de seu escopo de forma objetiva e limitada aos interesses da fiscalização a fim de lograr sucesso e atender aos objetivos propostos. Um dos aspectos que propiciam um bom resultado a uma auditoria operacional é a fase de planejamento, onde são discutidos os objetivos da auditoria, as técnicas a serem empregadas e as questões que devem ser respondidas durante a execução dos trabalhos.

Com referência às questões de auditoria tem-se que estas devem englobar o escopo da auditoria e propiciar respostas aos objetivos elencados. Pode-se querer verificar, por exemplo, se as agências reguladoras vêm atuando para garantir a qualidade dos serviços

⁵ Tribunal de Contas da União. Manual de Auditoria Operacional. 3.ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), Brasília, 2010a. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso: em 22 nov. 2010.

⁶ A economicidade é a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade (ISSAI 3000/1.5, 2004). Refere-se à capacidade de uma instituição gerir adequadamente os recursos financeiros colocados à sua disposição. O exame da economicidade poderá abranger a verificação de práticas gerenciais, sistemas de gerenciamento, benchmarking de processos de compra e outros procedimentos afetos à auditoria operacional, enquanto o exame estrito da legalidade de procedimentos de licitação, fidedignidade de documentos, eficiência dos controles internos e outros deverão ser objeto de auditoria de conformidade.

Na prática, poderá haver alguma superposição entre auditoria de conformidade e auditoria operacional. Nesses casos, a classificação de uma auditoria específica dependerá do objetivo primordial da auditoria (ISSAI 100/41, 2001 - As referências aos documentos da Intosai seguem as orientações dessa organização e não as normas da ABNT).

⁷ A eficiência é definida como a relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados para produzi-los, em um determinado período de tempo, mantidos os padrões de qualidade. Essa dimensão refere-se ao esforço do processo de transformação de insumos em produtos. Pode ser examinada sob duas perspectivas: minimização do custo total ou dos meios necessários para obter a mesma quantidade e qualidade de produto; ou otimização da combinação de insumos para maximizar o produto quando o gasto total está previamente fixado (COHEN, E. FRANCO, R, 1993).

⁸ A eficácia é definida como o grau de alcance das metas programadas (bens e serviços) em um determinado período de tempo, independentemente dos custos implicados (COHEN, E.; FRANCO, R. 1993). O conceito de eficácia diz respeito à capacidade da gestão de cumprir objetivos imediatos, traduzidos em metas de produção ou de atendimento, ou seja, a capacidade de prover bens ou serviços de acordo com o estabelecido no planejamento das ações.

⁹ A efetividade diz respeito ao alcance dos resultados pretendidos, a médio e longo prazo. Refere-se à relação entre os resultados de uma intervenção ou programa, em termos de efeitos sobre a população-alvo (impactos observados), e os objetivos pretendidos (impactos esperados), traduzidos pelos objetivos finalísticos da intervenção. Trata-se de verificar a ocorrência de mudanças na população-alvo que se poderia razoavelmente atribuir às ações do programa avaliado (COHEN, E.; FRANCO, 1993).

prestados. Para esse fim devem ser consideradas as funções regulatórias desempenhadas pela agência, fiscalização que desempenha, as sanções que aplica e o relacionamento com o usuário.

Nesse prisma, um dos objetivos dos trabalhos de auditoria operacional desenvolvidos no âmbito da Anatel é o de verificar como vem sendo: estabelecido o relacionamento com os usuários dos serviços; desempenhadas as funções de mediação de conflitos dos usuários com as empresas, atendimento às demandas e às reclamações dos usuários; a participação dos usuários nas atividades regulatórias (audiência e consulta pública, regulamentação, fiscalização e sanção); a realização de atividades voltadas à educação do usuário.

Ao elaborar as questões de auditoria, deve ser observado, além das funções regulatórias descritas, o objetivo da auditoria que é avaliar a atuação do órgão regulador no controle da qualidade da prestação dos serviços, dentro dos critérios de efetividade, economicidade, eficiência e eficácia das ações empreendidas pelas agências. Além das principais questões de auditoria, podem ser elaboradas subquestões, de forma a melhor detalhar as ações a serem efetuadas pela equipe de auditoria e alcançar as respostas que possam responder os objetivos estabelecidos.

Em suma, o modelo atualmente adotado pelo TCU na fiscalização dos principais aspectos da regulação usa uma abordagem que visa permitir a elaboração de um diagnóstico sistêmico da atuação das agências, de forma a identificar boas práticas existentes e os pontos críticos, em relação aos quais sempre são remetidas determinações/recomendações com o objetivo de melhoria do desempenho.

É bom destacar, por pertinente, que essa ferramenta vem sendo utilizada com sucesso por entidades de fiscalização superiores de outros países, como o GAO (General Accounting Office) dos Estados Unidos e o NAO (National Auditing Office) do Reino Unido.

Essa linha de atuação tem gerado discussões acadêmicas e doutrinárias quanto aos limites materiais de atuação do TCU. Uma das indagações é se as determinações e recomendações geradas pelos trabalhos de auditorias operacionais não fazem com que, de certo modo, o TCU se substitua à própria função fiscalizatória da agência reguladora. Ou seja, o TCU deve agir de modo mais amplo ou mais estrito, tendo em conta que as atribuições que lhe foram conferidas pela Carta Constitucional de 1988, muitas vezes, não contemplam, de forma clara, os limites do exercício do controle externo? Noutras palavras, as atribuições constitucionais devem ser interpretadas restritivamente ou de forma mais abrangente?

Nesse diapasão, cumpre trazer à baila ensinamento de Eros Roberto Grau (GRAU, 1991, p. 185) acerca da interpretação da ordem econômico-constitucional: “(...) a contemplação, no sistema jurídico, de *normas-objetivo*, importa a introdução na sua ‘positividade’, de fins aos quais o sistema está voltado. A pesquisa dos fins da norma, desenrolada no contexto funcional, torna-se mais objetiva; a metodologia teleológica repousa em terreno firme”. Ele nos ensina que a interpretação do direito deve ser dinâmica, para que possa funcionar como indutora de mudanças sociais.

Niklas Luhmann (LUHMANN, 1998, p. 189), ao comentar sobre a racionalidade de um processo de decisão, ensina-nos que:

“a racionalidade alcançada num processo de decisão depende das formas de organização e processo (...) logo que há diversas soluções utilizáveis ou ‘defensáveis’ e isso é típico das situações reais de **decisão da administração**, o próprio processo de seleção adquire um peso real. Dele dependem, então, quais as soluções a serem escolhidas (...) a organização e a forma de processo devem, pois, ser projetadas e julgadas não só sob o ponto de vista da **economia de esforço**, como encontram seu critério último na **racionalidade da decisão**.” (os grifos são nossos)

Sustenta, ainda, que com o desenvolvimento natural, as sociedades tornam-se cada vez mais complexas, fenômeno que implica na variabilidade das condições naturais, psíquicas e sociais da vida. Nessa situação concreta, uma estrutura jurídica rígida mostra-se cada vez mais inadequada, pois a própria evolução altera o sentido do Direito, que passa a ser obrigado a absorver essa mutabilidade (LUHMANN, 1998, 189-245).

As linhas de raciocínio desenvolvidas tanto por Eros Grau, quanto por Niklas Luhmann, levam-nos a entender que o TCU, ao adotar decisões administrativas, ora de cumprimento impositivo (determinações) ora de cumprimento facultativo (recomendações), em processos de auditorias de natureza operacional, não pode interpretar as atribuições que lhe foram conferidas constitucionalmente de forma restritiva, haja vista que os anseios sociais vão além da simples análise de legalidade dos atos administrativos das agências reguladoras, em auditorias tradicionais de conformidade, utilizadas pelo Tribunal para examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários e patrimoniais.

O que a sociedade requer é que o TCU, no exercício do controle externo, atue proativamente e de forma independente, buscando examinar, quando for o caso, num contexto operacional, a economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública.

Pelo estudo que fizemos, o aperfeiçoamento¹⁰ da atuação das agências reguladoras tem sofrido uma influência significativa dos trabalhos de auditorias operacionais realizados pelo TCU ao longo dos anos. A despeito de não haver um consenso quanto aos limites materiais de atuação do TCU, este Órgão tem conseguido modificar, paulatinamente, a forma de atuação das agências, proporcionando que estas tenham a real percepção de suas funções e de quanto o exercício pleno e satisfatório destas pode aumentar a satisfação dos cidadãos e até a participação destes na melhoria dos serviços públicos prestados pelas concessionárias.

Quanto maior a integração e sintonia entre as agências reguladoras e o TCU, para o atingimento de fins comuns, maior será a legitimidade das decisões advindas do Controle Externo, pois elas não serão consideradas como uma simples intromissão, mas como instrumentos que visam proporcionar que, na ponta, os serviços sejam prestados com maior grau de qualidade e segurança, e com a modicidade dos preços, que em grande medida é garantida pelo incremento da concorrência.

Demais disso, a legitimidade dos atos decisórios é conseguida, em grande medida, pela fundamentação adequada das decisões e pela definição de quais os benefícios que poderão ser auferidos com o cumprimento de determinações e recomendações.

A FISCALIZAÇÃO EXERCIDA PELO TCU SOBRE A ANATEL

Já feitas as considerações sobre como o Tribunal de Contas da União vem desempenhado suas atribuições de fiscalização em relação às agências reguladoras, importa

¹⁰ O aperfeiçoamento da atuação das agências também decorre de outras avaliações da Corte de Contas, como, por exemplo, a emissão de Parecer Prévio sobre as Contas do Governo (art. 71, inciso I da CF/88). Nas contas do Governo do exercício de 2013, o TCU analisou a governança regulatória em três dimensões: autonomia decisória, transparência e estratégia organizacional das respectivas agências reguladoras. Verificou que essas autarquias especiais têm sofrido com a demora na indicação e nomeação de dirigentes, resultando em prolongados períodos sem ocupação de vagas nos conselhos e diretorias, restringindo sua capacidade decisória. Além disso, embora o tratamento dado à divulgação do processo decisório tenha evoluído na maioria das agências, há grande desigualdade entre os níveis de maturidade das entidades. Finalmente, observou que, em termos gerais, a gestão das agências não é orientada por um planejamento estratégico.

destacar, *ab initio*, que a Agência Nacional de Telecomunicações/Anatel, objeto de estudo no presente trabalho, é uma autarquia especial criada pela Lei 9.472¹¹, de 16/07/1997 (Lei Geral de Telecomunicações -LGT). A LGT dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional 8/1995, que flexibilizou o modelo brasileiro de telecomunicações ao eliminar a exclusividade da concessão para exploração dos serviços públicos a empresas sob controle acionário estatal e, assim, introduzir o regime de competição na prestação desses serviços.

Administrativamente independente¹², financeiramente autônoma e sem subordinação hierárquica a nenhum órgão de governo, sua missão é promover o desenvolvimento das telecomunicações do País de modo a dotá-lo de uma moderna e eficiente infra-estrutura de telecomunicações, capaz de oferecer à sociedade serviços adequados, diversificados e a preços justos, em todo o território nacional. Tem poderes de outorga, regulamentação e fiscalização, além de um grande acervo técnico e patrimonial.

Compete à Anatel 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. Suas decisões só podem ser contestadas judicialmente.

Feita essa breve introdução sobre a Agência Reguladora objeto dos nossos estudos, faz-se importante trazer à baila, estudos de casos práticos, com o objetivo de enriquecer a análise.

¹¹ Além da Lei Geral de Telecomunicações, os documentos que regem a Anatel são os seguintes: Emenda Constitucional 8, de 15/08/1995 (Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal); Exposição de Motivos 231 /MC, de 10/12/96 (Encaminhou o projeto da Lei Geral das Telecomunicações); Decreto 2.338, de 07/10/1997 (Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações); Resolução 612, de 29/04/2013 (Aprova o Regimento Interno da Anatel); Código de ética dos servidores da Anatel (Aprovado pela Portaria nº 178, de 6 de junho de 2005); Lei 9.986, de 18/07/2000 (Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras); Lei 10.871, de 20/05/2004 (Dispõe sobre a criação de carreiras e a organização de cargos efetivos das agências reguladoras).

¹² A autonomia administrativa, nas palavras de Edmir Netto de Araújo, quer dizer que “dada a personalidade jurídica própria, a autarquia contrata e administra em seu próprio nome, contrai obrigações e adquire direitos, mas dentro das regras do ordenamento vigente, não podendo, por exemplo, contratar servidores com salários diferentes dos pagos pelo Estado pela mesma função, ou inventar novos casos de dispensa de licitação, não previstos na respectiva Lei nº 8.666/93.” Ainda quanto à autonomia administrativa, o autor destaca que doutrinadores têm apontado para certas características e prerrogativas das agências reguladoras, o que faz com que estas se diferenciem das autarquias comuns. Uma delas é o fato de que os dirigentes das agências não são exoneráveis *ad nutum* pelo Chefe do Poder Executivo, o que configura certa independência política em relação ao governante. Isso faz com que tais dirigentes só possam deixar os cargos voluntariamente, ao final do mandato ou por destituição, nos termos da Lei. Não há dúvida, portanto, que podem atuar com mais autonomia e independência, desde que vinculados aos preceitos normativos do ordenamento jurídico vigente (ARAÚJO, Edmir Netto de. Agências Reguladoras. Org. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2002, p. 49.)

→ O TCU realizou, em 2006, trabalho de auditoria de qualidade a fim de verificar a atuação da Anatel no acompanhamento da qualidade da prestação dos serviços de telefonia fixa e móvel. Decorreu desse trabalho a prolação do Acórdão 2109/2006-Plenário.

- Nesse caso, houve solicitação da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados para verificar a atuação da Anatel na fiscalização e acompanhamento das prestadoras de serviço de telecomunicações, em especial no que se refere a emissão de contas telefônicas, verificação de qualidade dos serviços e atendimento aos usuários.

- O monitoramento, realizado entre 2008 e 2012, revelou que grande parte das constatações permanece válida (Acórdão 1864/2012-Plenário).

- **Quanto à definição e avaliação dos parâmetros da qualidade verificou-se que:**

- a qualidade se refere à operação da rede e a percepção do serviço pelo usuário;

- o usuário deve ser a principal referência ao se buscar determinar um padrão de qualidade para os serviços de telecomunicações;

- a regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade dos serviços.

- **Quanto à regulamentação verificou-se:**

- que a regulamentação vigente é adequada para garantir a qualidade técnica de rede mas insuficiente para garantir a qualidade percebida pelos usuários;

- que os indicadores de qualidade de rede baseados em estudos e referências técnicas;

- que os cumprimentos das metas de qualidade não são consistentes com o volume de reclamações dos usuários;

- ausência de planejamento integrado das ações de regulamentação;

- não sistematização de demandas para revisão da regulamentação;

- não considera adequadamente demandas importantes dos usuários

- falta de tempestividade.

- **Quanto à fiscalização verificou-se:**

- ausência de uma cultura de fiscalização orientada ao usuário;
- estratégia limitada de acompanhamento da qualidade;
- não monitoramento da satisfação do usuário;
- dependência de dados informados pelas prestadoras;
- não fiscalização de sistemas informatizados de faturamento;
- não acompanhamento de dados de atendimento das operadoras (serviço de *call center*);
- amostragem inadequada nas metodologias para acompanhamento e controle das obrigações das prestadoras;
- falta de acompanhamento da resolução dos problemas apontados;
- inadequação na divulgação dos indicadores de qualidade.

- **Quanto à sanção verificou-se:**

- falta de efetividade das medidas sancionatórias e demais medidas administrativas;
- PADOs não apresentam a tempestividade necessária para garantir a efetividade do processo sancionatório;
- ausência de critérios para fixação de valores das multas;
- baixa materialidade e cobrança ineficiente das sanções aplicadas;
- pouco uso de medidas alternativas (p. ex., medidas cautelares – mais efetivas que os PADOs para correção de desvios);
- não integração de sistemas informatizados para o acompanhamento dos PADOs;
- utilização de outras medidas coercitivas deve ser reforçada.

- **Quanto à educação dos usuários verificou-se:**

- falta de participação mais efetiva dos usuários nas decisões da Agência;
- baixa participação da sociedade no processo de consulta pública dos regulamentos referentes a qualidade do serviço;
- falta política de educação aos usuários em relação a qualidade;
- melhorias no ranking de qualidade disponibilizado no sítio da Anatel;

- importância de uma política de educação dos direitos e deveres dos usuários e prestadoras para melhoria da qualidade.

● **Diante das constatações de auditoria, o TCU:**

→ **Determinou à Anatel que:**

- apresentasse proposta de revisão da regulamentação relativa à qualidade, com vistas a adequá-la a padrões compatíveis com as exigências dos usuários;

- desenvolvesse plano de revisão dos processos de fiscalização das metas de qualidade e plano de reformulação dos processos sancionatórios, explicitando as soluções e cronograma de implementação de ações;

- formulasse e apresentasse ao TCU diretrizes para promoção de uma política de informação e educação dos usuários de telecomunicações.

→ **Recomendou à Anatel que:**

- O acompanhamento em tempo real das reclamações registradas nas centrais de atendimento das operadoras e obtenção de informações tempestivas sobre a tramitação das reclamações de usuários da Anatel;

- Coibir a demora do atendimento junto ao *call Center*.

→ **As principais constatações foram:**

- o baixo grau de cumprimento das determinações, “morosidade excessiva no trato das questões suscitadas pelo Tribunal”;

- os avanços na melhoria da qualidade do atendimento aos usuários foram tímidos;

→ **As principais decisões foram:**

- alertar à Presidência e ao Conselho Diretor da Anatel sobre a responsabilidade do corpo dirigente da autarquia na implementação das providências determinadas e recomendadas, as quais demandam grande integração entre as diversas áreas técnicas da Agência;

- reiteração de determinações e recomendações.

→ **Monitoramento do Acórdão 2109/2006-Plenário:**

● **Determinações em cumprimento:**

- revisão da regulamentação com vista a adequá-la a padrões de qualidade compatíveis com as exigências dos usuários;
- contemple na revisão da regulamentação disposições que busquem inibir a ocorrência e recorrência das reclamações mais registradas pelos call centers das operadoras de telefonia e pelos órgãos de defesa do consumidor;
- correção de erros no processo de amostragem no processo de fiscalização;
- reformulação dos processos sancionatórios, contemplando medidas para assegurar: o cumprimento dos prazos de instauração e análise dos Processos de Apuração de descumprimento de obrigações; critérios uniformes para o estabelecimento de multas; materialidade das sanções, de forma a garantir a prevenção e correção de irregularidades;
- definição de coleta sistemática de informações de atendimento aos usuários junto aos *call centers* das prestadoras fixa e móvel.

● **Determinações parcialmente cumpridas:**

- diretrizes para promoção de uma política de educação dos usuários de telecomunicações, contemplando, prioritariamente os seguintes aspectos:
- maior participação dos usuários nas decisões regulatórias da Anatel;
- disseminação dos direitos e deveres dos usuários e das obrigações das prestadoras;
- política de incentivo a criação de conselho de usuários junto as prestadoras dos principais serviços de telecomunicações e política de educação dos participantes desses conselhos.

● **Determinações cumpridas:**

- reativação do Comitê de Defesa do Usuário;
- metodologia para acompanhamento sistêmico dos parâmetros de qualidade de telefonia móvel;
- priorização adequada das ações de fiscalização relativas à telefonia móvel;
- encaminhamento de plano de ação para atendimentos as deliberações do TCU prolatadas no Acórdão 2109/2006;

● **Recomendações em implementação ou parcialmente implementadas:**

- aperfeiçoamento do processo de fiscalização de indicadores de qualidade, fazendo uso de fiscalizações preventivas na forma de auditorias e/ou sistemas de fiscalização indireta de funcionamento das redes e serviços das prestadoras em tempo real;
- realização periódica de pesquisa de satisfação dos usuários dos serviços de telecomunicações, previstas na regulamentação da Anatel;
- realização de auditorias periódicas nos sistemas informatizados de faturamento e atendimento aos usuários das empresas de telefonia fixa e móvel;
- prover a agência de acesso em tempo real à base de dados de registros de reclamações de usuários nos *call centers* das prestadoras;
- fixação de prazo nos processos sancionatórios para que as operadoras busquem soluções para as irregularidades verificadas;
- criação de mecanismos para acompanhar com mais rigor a resolução dos problemas apontados nos relatórios de fiscalização;
- implementar procedimento sistemático e periódico para acompanhamento do cumprimento por parte das operadoras de telefonia das demandas dos usuários sobre qualidade e do atendimento a eles prestados e das eventuais ações decorrentes destas;
- utilização de medidas alternativas aos Pados;
- adoção de medidas no sentido de aperfeiçoar as formas de divulgação do desempenho das prestadoras relacionadas à qualidade da prestação de serviços;
- adoção de providências junto as operadoras de telefonia fixa e móvel no sentido de implementar mecanismos que possibilitem aos usuários conhecer com precisão o conteúdo de suas solicitações e reclamações registradas no *call center*;
- com vistas a inibir o não atendimento ou o atendimento inadequado ao usuário, adote medidas no sentido de sancionar com maior rigor as operadoras de telefonia quando as reclamações dos usuários dirigidas ao call center da Anatel não tenham sido adequadamente atendidas pelas operadoras sem motivo justificado

→ **Monitoramento do Acórdão 1864/2012-Plenário:**

Objetivo: verificar cumprimento das deliberações não atendidas nos Acórdãos anteriores

Processo: TC 006.470/2013-0

Noutra ocasião (TC 003.632/2001-9 – DC nº 215/2002-Plenário), o TCU já havia se pronunciado no sentido de que a Anatel deveria realizar pesquisa de opinião junto aos usuários para permitir ao órgão uma atuação mais efetiva para assegurar prestações de serviços consideradas adequadas pelos usuários.

HÁ MUDANÇAS PERCEPTÍVEIS NA ATUAÇÃO DA ANATEL EM DECORRÊNCIA DA ATUAÇÃO DO TCU?

O Relatório Anual produzido pela Superintendência de Serviços Privados de Dados, Móvel e Satélite, mostra que a Agência elaborou, em fevereiro de 2013, um Plano Nacional de Ação de Melhoria da Prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP).

Ele evidencia que foi adotada Medida Cautelar para promover a suspensão de vendas de chips e novas habilitações. A medida começou a valer em 23/07/2012 e, após análise dos Planos apresentados, cessou em 02/08/2012.

A CLARO, OI e TIM apresentaram planos, detalhados por Estado, dentro do prazo estabelecido. Posteriormente, então, novas vendas foram permitidas, após análise e aprovação preliminar, pela Anatel, dos Planos apresentados.

A VIVO, CTBC e SERCOMTEL não foram proibidas de comercializar em nenhum Estado. Todavia, delas também foi requerida a apresentação do Plano de Ação de Melhoria em suas áreas de atuação.

As propostas apresentadas são acompanhadas trimestralmente, com reuniões periódicas realizadas entre a Anatel e as operadoras. Os critérios de avaliação do Plano Nacional abrangem a melhoria dos atuais patamares apresentados em relação aos seguintes parâmetros: completamento e queda de chamadas; taxa de conexão e quedas na rede de dados; índices de reclamações; interrupção do serviço e implementação dos investimentos informados para garantia da qualidade.

É bom enfatizar que esses compromissos se referem a todas as Unidades da Federação e específica para os municípios com população acima de 300 mil habitantes.

A implementação dos regulamentos de qualidade do SCM e do SMP ficou sob a responsabilidade do Grupo de Implantação de Processos de Aferição da Qualidade – GIPAQ. Tem ele a competência para: a escolha da Entidade Aferidora da Qualidade – EAQ; o desenvolvimento e disponibilização dos softwares de medição da qualidade da banda larga fixa e móvel; o desenvolvimento do Sistema de Gestão da Qualidade – SGQ; a pesquisa de qualidade percebida, prevista no RGQ-SMP e no RGQ-SCM; o desenvolvimento dos questionários e a condução do Primeiro Ciclo da Pesquisa, com o seguinte grupo amostral:

- Medição da qualidade da banda larga fixa;
- Definição do número de probes necessárias para medição dos indicadores de qualidade da banda larga fixa: 6.682;
- Lançamento do programa de voluntários para a medição da qualidade da banda larga fixa, com a adesão de cerca de 130 mil voluntários;
- 3,5 mil voluntários assinaram o Acordo para receberem a probe;
- Foram enviadas aos voluntários 2.292 probes;
- Até dezembro de 2012, 954 probes foram instaladas;
- O cronograma prevê a instalação das probes fixas até outubro de 2013.

Esses dados mostram que a Anatel, nos últimos anos, tem demonstrado maior preocupação com a qualidade dos serviços que vêm sendo prestados pelas empresas de telecomunicações de um modo geral. Num mercado que tem um crescimento considerável, e cada vez mais competitivo, de fato não se pode perder de vista o fator qualidade e satisfação dos usuários.

Vê-se, entretanto, que no Relatório Anual aqui mencionado, não constam informações a respeito da percepção de qualidade que os usuários têm, ao longo dos anos, quanto à qualidade dos serviços.

Seria necessário, para fins estatísticos e de melhoria do sistema, que fosse realizada, anualmente, uma pesquisa de satisfação com os usuários, o que não tem sido feito. Decorre daí a completa falta de dados e a impossibilidade de se fazer uma conexão direta entre a atuação do TCU e a percepção positiva dos usuários da melhoria da qualidade dos serviços prestados.

CONCLUSÃO

Das análises empreendidas, é possível inferir que as auditorias operacionais (de desempenho) já desenvolvidas pelo TCU permitem que o Tribunal contribua para a melhoria da efetividade da atuação dos órgãos reguladores, desempenhando um papel importante no modelo regulatório brasileiro.

O que se percebe, concretamente, é que a Anatel, após a emissão das determinações/recomendações, passou a atuar com maior transparência no sentido de divulgar índices de desempenho e qualidade, o que antes não ocorria.

A página da Anatel mostra relatórios consolidados, em relação aos quais pode-se perceber que há um incremento da preocupação com a qualidade dos serviços de telecomunicações e com a satisfação do usuário. A paralisação da venda de linhas foi, justamente, o resultado de parâmetros mais incisivos de regulação.

Assim, é preciso que as agências e os órgãos de controle trabalhem com a realidade todo o tempo, para definir, nas situações que se põem, a solução para os problemas concretos.

É relevante que o resultado da auditoria permita que o TCU tenha um diagnóstico da atuação do órgão regulador no controle da qualidade dos serviços prestados, identificando as boas práticas da Agência, que podem ser sugeridas, inclusive, para as demais agências, bem como relatando os pontos críticos dessa atuação. Estes devem ser objeto de deliberações que melhorem a efetividade das ações da Agência, com destaque para o problema encontrado, as possíveis causas para a situação observada e as sugestões de melhorias no processo, quando necessário.

Finalmente, é importante que se diga que apesar da abrangência das auditorias de natureza operacional, o TCU, ao exercer o controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, deve atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização que preserve ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Medida Provisória e sua Conversão em Lei: A Emenda Constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências. In. MORAES, Alexandre (Org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. Teoria do Estado e Ciência Política. 5. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BRUNO, Sérgio Varella. Agências Reguladoras – Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BUENO, José Pimenta. Direito público brasileiro e análise da constituição do Império. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Entre Discursos e Culturas Jurídicas. Coimbra: Coimbra Editora. 2006.

CAROTHERS, Thomas. The problem of knowledge. In CAROTHERS, T. Promoting the Rule of Law Abroad. In: Search of knowledge. Washington, Carnegie Endowment for International Peace. 2006.

Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu. O espírito das leis. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p.119, apud AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Medida Provisória e sua Conversão em Lei: A Emenda Constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

COHEN, e FRANCO, R. Avaliação de Projetos Sociais. Petrópolis: Vozes, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma do Estado. O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras*. *Forum Administrativo*. Belo Horizonte: Forum, nº 3.

FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Função Social da Empresa. Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. 1.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

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

LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: Lineamentos para uma teoria general*. México: Anthropos; Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Organizador. Agências Reguladoras*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian, 1983, tradução portuguesa, vol. II, p. 316, apud NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEUBNER, Gunther. *Juridificação: noções, características, limites, soluções*. *Revista de Direito Econômico*. Coimbra, 1988.

Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*. 3.ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), Brasília, 2010a. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso: em 22 nov. 2010.