

Controle judicial da regulação estatal à luz do pensamento de Jürgen Habermas: análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre cobrança de tarifas interurbanas dentro do mesmo município ou entre municípios conurbados

Judicial Control of State Regulation in light of Jürgen Habermas's thought: Analysis of the Decisions issued by the Brazilian Superior Court of Justice on Long-Distance-like Calls within the same Municipality or between Conurbated Municipalities

Submetido(submitted): 15/12/2017
Parecer(revised): 13/03/2018
Aceito(accepted): 15/05/2018

Marcus Flávio Horta Caldeira*

Abstract

Purpose – *This article seeks to examine the possibility and limits of judicial control of regulatory agencies decision-making power in Brazil based on the ideas of communicative action and integrity proposed by Jürgen Habermas.*

Methodology/approach/design – *There will be made an analysis of the decisions of the Superior Court of Justice regarding the charge of long-distance-like calls within the same municipality or between conurbated municipalities.*

Findings – *Superior Court of Justice, in most of its cases, privileges the technical criteria adopted by the regulatory agency, understanding that the judicial review would be an improper invasion of a “technical” area. However, there are decisions of the same Court that kept the judicial review carried out by the Courts of Appeal, in flagrant contradiction. The lack of a more consistent reasoning and, above all, of consistency among the decisions reveal the lack of attention on the part of the Brazilian Superior Court of the criteria of integrity advocated by Jürgen Habermas.*

Keywords: *Judicial control, regulation, long-distance calls, "local area", integrity.*

*Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (2014). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (2011). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (1997). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP (2017). Professor (voluntário) de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD/UnB (desde 2015). Advogado inscrito na OAB-DF (desde 1997). Sócio fundador de Caldeira, Lôbo e Ottoni Advogados Associados (2002). Autor de livros e artigos jurídicos publicados em revistas no Brasil e no exterior. Email: caldeira@cloadvogados.com.br. Endereço: SHIS QI 17 Conj. 16 Casa 23, Lago Sul, em Brasília – DF, CEP: 71645-160.

Resumo

Propósito – O presente artigo busca examinar a possibilidade e limites do controle judicial dos atos das agências reguladoras no Brasil com base nas ideias de agir comunicativo e integridade propostas por Jürgen Habermas.

Metodologia/abordagem/design – Será feita uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da cobrança de tarifas interurbanas dentro do mesmo município ou entre municípios conurbados.

Resultados – O Superior Tribunal de Justiça, na maior parte dos seus julgados, privilegia os critérios técnicos adotados pela agência reguladora, entendendo que a revisão judicial importaria em indevida invasão em seara técnica na qual não deve se imiscuir. Contudo, há decisões da mesma Corte que chancelam a revisão judicial efetivada pelos Tribunais de segundo grau, em flagrante contradição. A falta de fundamentação mais consistente e, principalmente, de coerência entre os julgados revelam o desatendimento do critério de integridade propugnado por Jürgen Habermas.

Palavras-chave: controle judicial, regulação, tarifa interurbana, “área local”, integridade.

Introdução

A atividade regulatória do Estado gera questões atinentes à possibilidade de revisão de seus atos por parte do Poder Judiciário. Constatada a possibilidade de controle judicial dos atos praticados pelas agências regulatórias, faz-se necessário perquirir acerca da extensão do aludido controle. Têm-se, de um lado, o argumento de que haveria uma “discricionariedade técnica” por parte da agência que justificaria suas decisões, indicando limites à revisão judicial. Por outro lado, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88) indica a possibilidade de controle.

Essa dualidade – “discricionariedade técnica” e “inafastabilidade da jurisdição” – no âmbito da relação entre as agências reguladoras e o Poder Judiciário, espelha a dicotomia entre facticidade e validade, tratada por Jürgen Habermas (1994; 2001; 2003) em sua obra *Direito e Democracia*.

O presente trabalho busca examinar como o Poder Judiciário, e mais precisamente o Superior Tribunal de Justiça, tem atuado na revisão (ou não) dos atos tomados pelas agências reguladoras no Brasil. São examinadas, especificamente, as decisões da Corte Superior, responsável pelo resguardo e uniformização da interpretação da legislação federal pátria, com relação aos atos normativos da ANATEL, que possibilitaram a cobrança de tarifas interurbanas dentro do mesmo município ou entre municípios conurbados.

O tema tem enorme relevância, não apenas para a área de telecomunicações, para a respectiva agência reguladora (ANATEL), para o

judiciário e para a sociedade usuária dos serviços do setor, mas também para outras agências reguladoras, empresas e consumidores envolvidos, eis que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pode acenar para diretrizes acerca da possibilidade de controle dos atos regulatórios por parte do Poder Judiciário e seus limites.

O texto abordará o tema em três partes distintas. A primeira tratará mais especificamente do contexto jurídico brasileiro acerca da fase atual de nosso direito regulatório, dos poderes regulamentares das agências reguladoras e mais especificamente da ANATEL. Na sequência (segunda parte), será examinada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca dos casos atinentes à cobrança de tarifas interurbanas dentro de um mesmo município ou entre municípios conurbados, com respaldo em atos da agência reguladora setorial de telecomunicações. Por fim, será apresentada uma síntese das ideias de Jürgen Habermas acerca do “agir comunicativo” e de “integridade”, que servirão de marco teórico para o exame dos casos tratados pelo STJ.

Parte-se da hipótese de que o Superior Tribunal de Justiça, de um modo geral, entende não ser papel do Poder Judiciário rever atos de agência reguladora, tendo em vista o caráter técnico da matéria. Por outro lado, parte-se da premissa que, sob a ótica habermasiana, a não atuação judicial, em determinadas situações, como esta objeto de exame, pode gerar problemas, para a sociedade e setores envolvidos, em relação à falta de integridade decisória.

Sem a pretensão de esgotar o tema, espera-se que o artigo possa trazer alguma contribuição acerca da atuação do judiciário brasileiro, em particular, do Superior Tribunal de Justiça quanto ao controle dos atos das agências reguladoras e se essa prática atende aos critérios habermasianos de integridade.

O Estado Regulador brasileiro e a autonomia das agências: o caso da ANATEL:

Regulação, segundo Marcio Iorio Aranha (2015, p. 101) pode ser entendida como:

“(...) a presença de regras e atuação administrativa (*law and government*) de caráter conjuntural pautadas no pressuposto de diuturna reconfiguração das normas de conduta e dos atos administrativos pertinentes para a finalidade de redirecionamento constante do comportamento das atividades submetidas a escrutínio, tendo-se por norte orientados parâmetros regulatórios definidos a partir dos enunciados de atos normativos e administrativos de garantia dos direitos fundamentais.”

Situando esse conceito em uma realidade mais concreta, tem-se, por exemplo, que “o serviço telefônico fixo comutado faz-se por intermédio de disciplina normativa infralegal” da ANATEL (resoluções) e por atos administrativos pertinentes, tais como “autorizações, concessões, atos de

fiscalização, monitoramento e mediação de disputas”, conforme parâmetros jurídico-normativos constitucionais e legais atinentes aos “direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade (...) em prol do objetivo de maior aproximação possível entre a prestação efetiva do serviço e a prestação do serviço esperada da integral aplicação de regras e princípios jurídicos” (ARANHA, 2015, p. 101-102).

O fenômeno da regulação pode, portanto, ser compreendido como sendo uma “reconfiguração conjuntural” do setor regulado, visando conseguir um modelo ideal (ou que se aproxime do ideal) de funcionamento do sistema, regida por “regras e princípios inscritos e espelhados nos direitos fundamentais” (ARANHA, 2015, p. 102).

No Brasil, a regulação dos serviços públicos passou por diversas fases, ao longo de sua história, com destaque para as fases de regulação patrimonialista (do Brasil Colonial ao primeiro império), de regulação desconcentrada (do segundo império até os anos 30 do século XX), de regulação concentrada (da década de 30 até o final da década de 80 do século XX), chegando a fase atual do Estado Regulador (a partir do início da década de 90 até os dias atuais) (AGUILLAR, 1999, p. 163-209; ARANHA, 2015, p. 106-111).

A fase atual do direito regulatório brasileiro (Estado Regulador) caracteriza-se por um “menor intervencionismo direto e maior intervencionismo indireto”, ou seja, “regulação operacional descentralizada e regulação normativa centralizada e qualificada pela delegação de poderes ao ente regulador, separando-se as figuras do controlador e do prestador” (ARANHA, 2015, p. 108-109). Daí o surgimento de diversas agências reguladoras especializadas em cada setor regulado.

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), responsável pela regulação do setor de telecomunicações, foi criada pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT), Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, tendo sido a primeira agência reguladora a ser instalada no Brasil, dentro desse contexto de Estado Regulador.

O processo de criação da ANATEL tem relação com a privatização do setor de telecomunicações no Brasil, a partir da Emenda Constitucional nº 8/1995, que eliminou a exclusividade na exploração dos serviços públicos sob o controle acionário estatal. A partir dessa nova diretriz constitucional, o Estado passou da função de provedor (ação direta) para a de regulador dos serviços.

Reforçando esse modelo de Estado Regulador, surge a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, conhecida como reforma administrativa, na qual os conceitos de “eficiência, produtividade, participação popular e autonomia” permitem novas formas de relação do Estado com entidades da administração direta e indireta, pessoas de direito privado, “mediante contratos de gestão e fixação de metas de desempenho” (ARANHA, 2015, p. 111).

Nos termos do 2º, da Lei nº. 9.472/97, a regulação do setor de telecomunicações, a cargo do Poder Público e desempenhada pela ANATEL tem como objetivos:

I – garantir, a toda população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II – estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

III – adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

IV – fortalecer o papel regulador do Estado;

V – criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

VI – criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.

Para o bom desempenho de suas atividades, a agência possui a natureza de autarquia administrativamente independente, com autonomia financeira e técnica em relação ao poder executivo, sendo um dos principais exemplos de agência regulatória setorial.¹

Entre os aspectos que demonstram o grau de autonomia das agências reguladoras, podem ser destacados o processo de indicação dos membros da agência e de seu afastamento; autonomia orçamentária e financeira; garantia de inamovibilidade de seus membros; irrecorribilidade das decisões de sua competência da esfera administrativa; reserva de poderes normativos suficientes à adequação das metas setoriais à realidade de cada atividade (ARANHA, 2015, p. 138).

Buscando conferir maior legitimidade aos seus atos, as normas elaboradas pela Agência são previamente submetidas à consulta pública (inclusive audiências públicas) e seus atos são motivados, visando atender suas atribuições legais definidas na Lei nº 9.472/97.

Apesar desse regramento, algumas ações das autarquias vem sendo objeto de críticas da sociedade quanto à sua real independência. Critica-se atos que aparentam beneficiar oligopólios das telecomunicações no Brasil, ou a inefetividade das penalidades aplicadas às poucas empresas que prestam serviços dessa natureza no Brasil (MATIAS, 2002).

Feitas essas breves considerações acerca da fase atual do direito regulatório no Brasil, da natureza jurídica e autonomia das agências regulatórias e, em particular, da ANATEL, passa-se ao exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de controle judicial dos atos de agências regulatórias. No caso, analisa-se a possibilidade do judiciário rever a regra da agência setorial especializada em telecomunicações (ANATEL) que

¹ Conforme Marcio Iorio Aranha, “a regulação setorial é, sem dúvida, a mais representativa dos estudos de direito regulatório muito em virtude da coincidência de sua projeção em conjunto com as reformas estruturais do Estado brasileiro de meados da década de 1990” (2015, p. 112).

permitiu a cobrança de tarifas interurbanas de ligações feitas dentro de um mesmo município ou entre municípios conurbados.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca dos casos atinentes à cobrança de tarifas interurbanas dentro de um mesmo município ou entre municípios conurbados

O Superior Tribunal de Justiça, no modelo judiciário nacional é uma Corte Superior, responsável pela interpretação final da legislação federal infraconstitucional e da uniformização da jurisprudência dos Tribunais brasileiros acerca da aplicação dessas normas.

Dentre suas competência constitucionais (art. 105, da CF/88) encontra-se a de julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; e c) der a lei federal interpretação divergente daquela que lhe haja atribuído outro tribunal.²

A partir do momento em que Tribunais brasileiros de segundo grau de jurisdição – principalmente o Tribunal Regional Federal da 4ª Região – passaram a julgar lides envolvendo a cobrança de tarifas interurbanas (DDD) de usuários (consumidores) de um mesmo município ou de municípios conurbados, seguiram-se Recursos Especiais para o Superior Tribunal de Justiça, versando sobre o aludido tema.

A partir desses julgados – apresentados em ordem cronológica da data de publicação dos respectivos acórdãos –, que serão examinados no presente tópico, será possível ter uma boa compreensão do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca das possibilidades e limites da atuação judicial no controle dos atos das agências reguladoras.

Recurso Especial nº. 572.070 – PR

O primeiro caso sobre o tema julgado pelo Superior Tribunal de Justiça foi o Recurso Especial nº 572.070 – PR, da relatoria do Min. João Octávio de Noronha. Tratava-se de recurso especial contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que julgando agravo de instrumento contra liminar concedida em ação civil pública, determinou a “suspensão da cobrança de tarifa interurbana nas ligações telefônicas entre a sede e os distritos localizados na área territorial do Município de Cornélio Procópio”, no Paraná.

² Art. 105, III, a, b e c, da Constituição Federal de 1988.

No caso, a Recorrente, Brasil Telecom, empresa concessionária do serviço público de telefonia fixa, bem como a ANATEL (interessada) argumentaram que, ao rever o ato da Agência Regulatória (Resolução nº. 85/98), o TRF-4º R. estaria ofendendo o art. 1º, do Decreto n. 2.534/98, que aprovou o Plano Geral de Outorgas de Serviços de Telecomunicações prestado no regime público, e os artigos 214, II; 19, IV e VI e 83, todos da Lei nº. 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da EC n 8/95. Por fim, alegam a recorrente e a Agência interessada que o acórdão recorrido “desconsiderou a atual definição de áreas locais e os parâmetros utilizados para tanto”, contrariando o “art. 214, II, da Lei n. 9.472/97, que validou toda a regulamentação a respeito da definição de áreas locais”.³

Admitido o Recurso e levado à julgamento, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, seguindo o voto do Min. Relator João Octávio de Noronha, deu provimento ao Apelo Especial, reformando o acórdão do Tribunal Regional, para cassar a liminar deferida na instância de origem e permitir a cobrança de tarifa de longa distância dentro do mesmo município.

Os fundamentos principais do julgado foram os seguintes: 1 – a delimitação de “área local” para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva, leva em conta critérios técnicos, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município; 2 – esses critérios técnicos têm o efeito de propiciar aos interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá definir a bases do contrato de concessão; 3 – o Tribunal Regional Federal da 4ª Região acabou por adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração dessas áreas, “invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir o Poder Judiciário”; 4 – ao intervir na relação jurídica para alterar estas regras, estará o Judiciário, na melhor das hipóteses, causando “embaraços que podem comprometer a qualidade dos serviços prestados pela concessionária”; 5 – tratando-se de setor de grande complexidade e sensibilidade (telecomunicações), não pode o judiciário intervir “com base em mera presunção de que a prestadora de serviços dispõe, na área questionada, de uma adequada engenharia de rede de telecomunicações”; 6 – os procedimentos traçados pela ANATEL, com base na legislação em vigor, “harmonizam-se com os princípios da ordem econômica e social que devem nortear a prestação de serviços da espécie”; 7 – a regulamentação do setor de telecomunicações, segundo a Lei nº. 9.472/97, “visa favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia em prol do conjunto da população brasileira”, objetivo que somente será alcançado “com uma política regulatória estável que privilegie a ação das Agências Reguladoras”, com regras claras e objetivas, para a criação de um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, “sobretudo em face da reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo”; 8 – se a prestadora de serviços

³ Acórdão do REsp. nº. 572.070 - PR, publicado no DJ de 14/06/2004.

não for devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há (...) artifício jurídico que faça com que esses serviços continuem sendo fornecidos com o mesmo nível de qualidade; 9 – sem ser adequadamente remunerada, a empresa de telefonia não poderá prestar continuamente serviços adequados, eficientes e seguros ao usuários.⁴

Recurso Especial nº 614.042 – PR e Agravo Regimental no Recurso Especial nº 977.690 – PR

Aproximadamente um ano após o julgamento do caso anteriormente descrito,⁵ foi o Superior Tribunal de Justiça, novamente instado a pronunciar-se sobre o tema das cobranças de tarifa de longa distância no âmbito do mesmo município. Isso ocorreu no julgamento do Recurso Especial nº. 614.042 – PR, da relatoria do Min. José Delgado.⁶

Em 16 de outubro de 2007, ou seja, pouco mais de dois anos após o julgamento do Recurso Especial n. 614.042, o Superior Tribunal de Justiça julgou outro caso, versando sobre o mesmo tema e com conclusão idêntica ao do anterior. Trata-se do Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 977.690 – PR.⁷

Por estarem alinhados em termos de sua conclusão, os acórdãos do REsp. nº 614.042 – PR e do AgRg. no REsp. nº. 977.690 – PR serão tratados conjuntamente.

Mais uma vez, O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, revendo ato da ANATEL, suspendeu a cobrança de tarifas DDD dentro do mesmo município ou entre municípios conurbados. No primeiro caso (REsp. nº 614.042), essa cobrança era feita dentro do município de Foz do Iguaçu – PR e foi suspensa por decisão liminar que ensejou a interposição de recursos ao TRF-4ª região (agravo de instrumento) e, na sequência, ao STJ (Recurso Especial). No segundo (AgRg. no REsp nº. 977.690), cobrava-se tarifas interurbanas nas ligações efetuadas entre o Distrito de Água Boa e o núcleo Paiçandu-Maringá, o que foi vedado por decisão definitiva (sentença) da Justiça Federal de 1ª instância, confirmada pelo TRF-4ª região, em sede de apelação.

⁴ Acórdão do REsp. nº. 572.070 - PR, publicado no DJ de 14/06/2004.

⁵ O REsp. nº. 572.070 - PR foi julgado em 16/03/2004, com acórdão publicado no DJ de 14/06/2004. Já o REsp. nº. 614.042 – PR foi julgado em 22/02/2005, com acórdão publicado no DJ de 01/08/2005.

⁶ Acórdão do REsp. nº. 614.042 - PR, publicado no DJ de 01/08/2005.

⁷ Sobre o recurso de “agravo regimental”, cabem os seguintes esclarecimentos. A interposição do recurso de Agravo Regimental – atualmente denominado de Agravo Interno (art. 1021, CPC/2015) – ocorre quando a decisão, no âmbito dos Tribunais, é tomada unipessoalmente (monocraticamente) pelo Relator. Contra a decisão monocrática do Recurso Especial, a parte sucumbente pode interpor Agravo Interno, que tem a capacidade de levar a discussão para o Colegiado.

Ocorre que, ao contrário do que ocorrera no primeiro precedente tratado (REsp. nº. 572.070 - PR), a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, seguindo os votos dos respectivos Relatores – Min. José Delgado, no REsp. nº 614.042, e Min. Francisco Falcão, no AgRg. no REsp nº. 977.690 –, em ambos os julgados, não deu provimento aos recursos interpostos contra os acórdãos do TRF – 4ª região.

Decidiu-se, nos dois casos, que o exame do mérito dos recursos especiais (juízo de mérito) não seria viável, por causa de óbices sumulares. Alguns dispositivos invocados não teriam sido prequestionados, ou seja, não teriam sido (expressamente) examinados nos acórdãos recorridos proferidos pelo TRF – 4ª região,⁸ o que ensejou o não conhecimento dos recursos especiais com base no enunciado nº 211, da súmula da jurisprudência predominante do STJ.⁹ Em outra perspectiva, entendeu a 1ª Turma do STJ que o exame dos recursos implicaria em reexame de fatos e provas,¹⁰ o que não se mostra viável a teor do enunciado nº. 7, da súmula da jurisprudência do STJ.¹¹

Porém, apesar do não conhecimento dos recursos em seus capítulos meritórios, depreende-se dos votos condutores adoção de tese jurídica no sentido de respaldar o decidido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ou seja, na linha de que o poder judiciário, em determinadas circunstâncias, pode e deve rever atos de agências regulatórias; nos casos vertentes, acolhendo o entendimento no sentido da revisão da norma da ANATEL.

⁸ Sobre o ponto, colhe-se do acórdão proferido nos autos do REsp. nº. 614.042 – PR: “Não tendo o aresto recorrido emitido pronunciamiento sobre o teor do art. 9º da Lei 9.472/97, é hipótese que conduz ao não-conhecimento do especial pela falta de prequestionamento da matéria tratada nesse dispositivo.”. Do acórdão lavrado nos autos do AgRg. no REsp. nº 977.690 – PR extrai-se: “No mais, tanto as teses apresentadas por Brasil Telecom, quanto aquelas defendidas pela ANATEL carecem de prequestionamento. (...) Incidência da Súmula n. 211/STJ, a obstaculizar ambos os apelos.”

⁹ Súmula n. 211 (STJ). Inadmissível recurso especial quanto à questão federal que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.

¹⁰ Sobre a vedação do revolvimento fático-probatório, colhe-se do acórdão proferido nos autos do REsp. nº. 614.042 – PR: “*Ad argumentando*, (...) a suposta violação ao art. 273 e incisos, todos do CPC, esbarraria no enunciado contido na Súmula 07, desta Corte uma vez que, para a análise da antecipação de tutela, faz-se mister o exame minucioso e aprofundado da prova, que deve ser inequívoca, provocando o convencimento do julgador de sua verossimilhança e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.”. Do acórdão lavrado nos autos do ArRg. No REsp. nº 977.690 – PR extrai-se: “Em verdade, o acórdão recorrido encontra-se arrimado na assertiva trazida pelo Ministério Público (...), cuja conurbidade com Maringá foi expressamente reconhecida pela rés.”

¹¹ Súmula n. 7 (STJ). A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

No acórdão do Recurso Especial nº 614.042 – PR, o Ministro Relator José Delgado, teceu as seguintes considerações, no sentido da impossibilidade de cobrança de tarifas DDD dentro de um mesmo município:

“É de sabença que as Agências reguladoras consistem em mecanismos que ajustam o funcionamento da atividade econômica do País como um todo, principalmente da inserção no plano do direito privado de serviços que eram antes atribuídos ao ente estatal. Elas foram criadas, portanto, com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para o fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário.

Deveras, a cobrança de DDD em ligação local malferia o art. 9º da Lei da ANATEL, que estabelece diretriz oposta. (...)”¹²

A 1ª Turma do STJ, ao julgar o AgRg. no REsp. nº. 997.690 – PR, seguindo o voto do Relator, Min. Francisco Falcão, negou provimento ao Agravo Regimental, mantendo incólume a decisão monocrática que negara seguimento ao Recurso Especial.¹³ No aludido acórdão, de forma mais clara e enfática, o voto condutor defende não apenas a possibilidade do judiciário intervir nos atos das agências regulatórias, como o descabimento de cobrança de tarifas de longa distância entre município conturbados:

“No caso em tela, a situação é diversa do acórdão paradigma apontado pela autarquia recorrente. *In casu*, as ligações telefônicas emanadas de distritos de um mesmo Município eram cobradas a título de ligações locais. Com a implantação da denominada privatização dos serviços de telefonia, sem qualquer comunicação ou aviso prévio aos usuários, as conexões providas ou endereçadas a algumas dessas localidades passaram a ser consideradas ligações urbanas, com os consequentes reflexos de tarifação. Não se trata, portanto, de ação de repetição de indébito contra a concessionária, mas de ação civil pública em que se discute a delimitação da área urbana que autorize a cobrança de tarifa interurbana. (...)

Em verdade, o acórdão recorrido encontra-se arrimado na assertiva trazida pelo Ministério Público de que “Diferentemente do sustentado pelas apelantes, não é possível pensar em política tarifária com total desvinculação da realidade urbana e econômica de determinada localidade, obedecendo a critérios puramente objetivos. O Distrito de Água Boa, como salientou a sentença, é um logradouro muito pequeno, totalmente dependente do núcleo Paiçandu-Maringá, não

¹² Acórdão do REsp. nº. 614.042 – PR.

¹³ Tendo em vista o aumento das decisões judiciais, no âmbito dos Tribunais, de forma monocrática, há o aumento do número de agravos regimentais – recurso cabível contra decisões monocráticas ou unipessoais. O CPC de 2015 nominou o antigo “agravo regimental” como “agravo interno”, disciplinando seu rito e cabimento em seu art. 1021.

apenas em termos administrativos, mas sobretudo em termos econômicos, centralizando este último toda a movimentação industrial, comercial e estudantil da microrregião. Assim, aplicados ao caso os princípios que regem os serviços públicos de telefonia já mencionados, não é razoável, tampouco proporcional e isonômico que o Distrito receba tratamento diferenciado ao dispensado ao próprio Município de Paíçandu, cuja conurbanidade com Maringá foi expressamente reconhecida pelas rés”.¹⁴

Depreende-se portanto, dos precedentes lavrados pelos Ministros José Delgado e Francisco Falcão que, nos casos tratados, o STJ manteve o entendimento de que o judiciário pode rever atos das agências reguladoras, tanto que reviu a cobrança de tarifas de longa distância entre município conturbados ou dentro do mesmo município.

Recursos Especiais nº 757.971, 965.105, 1.009.902, 973.686, 1.120.128, 982.359, 1.164.700, 1.122.363, 965.566, e Agravos Regimentais no Recurso Especial nº 1.050.234 e 1.171.443

Na sequência de análise cronológica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de revisão do ato da ANATEL que possibilitou a cobrança de tarifas “DDD” entre municípios conturbados ou dentro de um mesmo município, há 11 (onze) acórdãos,¹⁵ todos no sentido da impossibilidade de revisão, por parte do poder judiciário, dos critérios “técnicos” adotados pela Agência Reguladora.

Em linhas gerais, tais julgados fundamentam-se no precedente da lavra do Min. João Octávio de Noronha, proferido no REsp. nº 572.070, que, reformando acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, manteve a possibilidade de

¹⁴ Acórdão do AgRg. no REsp. nº. 977.690 – PR.

¹⁵ Acórdão do REsp. nº. 757.971, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2008, Dje de 19/12/2008; Acórdão do REsp. nº. 965.105, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 18/08/2009, Dje de 03/09/2009; Acórdão do REsp. nº. 1.009.902, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 08/09/2009, Dje de 11/09/2009; Acórdão do REsp. nº. 973.686, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 15/09/2009, Dje de 30/09/2009; Acórdão do REsp. nº. 1.120.128, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 03/11/2009, Dje de 11/11/2009; Acórdão do AgRg no REsp. nº. 1.050.234, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 10/11/2009, Dje de 19/11/2009; Acórdão do REsp. nº. 982.359, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 19/11/2009, Dje de 10/12/2009; Acórdão do REsp. nº. 1.164.700, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 04/05/2010, Dje de 17/05/2010; Acórdão do REsp. nº. 1.122.363, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 02/12/2010, Dje de 14/12/2010; Acórdão do AgRg no REsp. nº. 965.566, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 13/09/2011, Dje de 19/09/2011; e Acórdão do AgRg no REsp. nº. 1.171.443, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 06/02/2014, Dje de 14/02/2014.

cobrança de tarifas de longa distância entre municípios conurbados ou dentro de um mesmo município.

À medida que cada novo julgamento é realizado, sem agregar novos fundamentos, reforça-se a ideia de que há uma jurisprudência dominante e pacífica, entre as Turmas de direito público do Superior Tribunal de Justiça, no sentido do judiciário não poder (ou dever) rever os atos das Agências Reguladoras.

Esse aspecto fica nítido quando se observa as ementas dos acórdãos mais recentes:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA INTERURBANA. CRITÉRIOS TÉCNICOS ADOTADOS PELA ANATEL. COMPETÊNCIA NORMATIVA DA AGÊNCIA REGULADORA EXERCIDA NOS LIMITES LEGAIS. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que os critérios adotados pela ANATEL para delimitação da chamada área local para efeito de cobrança de tarifa de telefonia fixa local ou interurbana, observam dados técnicos, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica dos Municípios. Desse modo, o Poder Judiciário somente atuará com legitimidade quando e se a Agência Reguladora extrapolar os limites de sua atividade legal. Precedentes: REsp. 1.164.700/PR, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Dje 17.05.2010; REsp. 1.009.902/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Dje 11.09.2009 e REsp. 757.971/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Dje 19.12.2008.

3. Agravo Regimental a que se nega provimento.”¹⁶

“ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO DE TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI 9.472/97. LIGAÇÕES TELEFÔNICAS EM DISTRITOS PERTENCENTES AOS LIMITES DO MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DO SUL. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA NAS LIGAÇÕES “DE E PARA” A SEDE DO MUNICÍPIO. DELIMITAÇÃO DA “ÁREA LOCAL” PARA EFEITO DE COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. CRITÉRIOS TÉCNICOS (E NÃO POLÍTICO-GEGRÁFICOS) ADOTADOS PELA ANATEL. COMPETÊNCIA NORMATIVA DA AGÊNCIA REGULADORA. INVASÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.”¹⁷

¹⁶ Acórdão do AgRg no REsp. n.º. 1.171.443, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 06/02/2014, Dje de 14/02/2014.

¹⁷ Acórdão do AgRg no REsp. n.º. 965.566, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 13/09/2011, Dje de 19/09/2011.

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TELEFONIA. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANDA DENTRO DE UMA ÁREA MUNICIPAL. CRITÉRIOS DE DELIMITAÇÃO DA “ÁREA LOCAL”. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA POR CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. INTERESSE DA ANATEL.

(...)

3. O acórdão vergastado merece reforma por divergir do entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de que os critérios delimitadores da chamada “área local” não observam, necessariamente, limites de natureza geográfica, mas sim de ordem técnica.

Precedentes: REsp 1164700/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, Dje 17/05/2010; REsp 1009902/SC, Segunda Turma, Rel. Herman Benjamin, Dje 11/09/2009; REsp 965.105/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, Dje 03/09/2009; REsp 757971/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 19/12/2008.

(...)

5. Recursos especiais parcialmente providos.”¹⁸

Ou seja, nos 11 casos mencionados no presente subtópico, o Superior Tribunal de Justiça, sem maiores argumentos, simplesmente seguiu repetindo e transcrevendo os fundamentos do julgado tido como paradigmático – Resp nº 572.070 – PR, da relatoria do Min. João Octávio de Noronha, que culminaram com as decisões no sentido de manter-se a cobrança de tarifa interurbana no mesmo município ou entre municípios conturbados, na linha da regulamentação definida “por critérios técnicos” pela ANATEL.

O que salta aos olhos, por outro lado, é a ausência de qualquer referência aos julgados em sentido contrário, que já haviam sido proferidos – Recurso Especial nº 614.042 – PR e Agravo Regimental no Recurso Especial nº 977.690 – PR, e que, além de possibilitarem a revisão judicial dos atos regulatórios, nos casos concretos, mantiveram os acórdãos do TRF – 4ª Região que vedaram a cobrança de tarifas interurbanas entre municípios conturbados ou dentro da mesma região municipal.

Recursos Especiais nº 1.176.552 e 1.188.567

Para que o exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema possa ficar completo, faz-se necessário trazer ao exame os acórdãos proferidos nos autos dos Recursos Especiais nº 1.176.552 e 1.188.567, julgados, respectivamente, em 22/02/2011 e 09/10/2012, o primeiro relatado pelo Min. Herman Benjamin e o segundo pelo Min. Mauro Campbell Marques.

¹⁸ Acórdão do REsp. nº. 1.122.363, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 02/12/2010, Dje de 14/12/2010.

Assim, como todos os demais, tratam-se de recurso especiais contra acórdãos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, revendo ato da ANATEL, vedou a cobrança de tarifas interurbanas para chamadas de telefones fixos entre municípios conurbados ou dentro de um mesmo município.

Nos casos vertentes, os municípios afetados foram, respectivamente, Lapa e Quatro Barras, ambos da região metropolitana de Curitiba – PR.

Tanto o Recurso Especial nº 1.176.552 – PR, como o de nº 1.188.567 – PR, tinham por objeto acórdãos lavrados pelo TRF – 4ª região, envolvendo decisões liminares de antecipação dos efeitos da tutela (art. 273, do CPC/73) em ação civil pública, tratando-se portanto de discussão envolvendo decisão provisória de cognição sumária.

Porém, como visto anteriormente, essa circunstância – não se tratar de decisão definitiva, de cognição exauriente, apta a formar coisa julgada material – não impediu o acórdão proferido nos autos do Recurso Especial 572.070 (da relatoria do Min. João Octávio de Noronha) de tornar-se o principal *leading case* do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Voltando aos casos em exame no presente subtópico, assim como já havia ocorrido nos primeiros processos julgados pela Corte Superior em que se manteve o entendimento do TRF – 4ª Região (REsp. nº 614.042 – PR e AgRg no REsp. nº 977.690 – PR), entenderam os Ministros por não conhecer dos recursos especiais, quanto aos seus tópicos de mérito,¹⁹ sob os fundamentos de impossibilidade de revisão de matéria fático-probatória (Súmula nº 7, do STJ), ausência de prequestionamento (Súmula nº 211, do STJ) e falta de cotejo analítico demonstrador do dissídio jurisprudencial.

Por outro lado, apesar do não conhecimento, a Corte Especial adotou tese jurídica clara no sentido da possibilidade de reexame dos atos e decisões das Agências Reguladoras, tanto que mantiveram íntegros os pronunciamentos do E. TRF – 4ª Região, que impossibilitaram a cobrança de tarifas “DDD” em ligações telefônicas efetuados dentro do mesmo município ou entre municípios conturbados.

Sobre a possibilidade de exame por parte do Poder Judiciário dos atos regulatórios, assentou o Min. Mauro Campbell Marques²⁰ que “nem a Lei das Agências Reguladoras (Lei 9.986/2000), nem a Lei Geral de Telecomunicações excluiu a possibilidade de revisão dos atos administrativos – quanto à legalidade e legitimidade”. Para o Relator do REsp nº 1.188.567, entendimento contrário implicaria em assumir o absurdo de que “os usuários não possam usufruir de seu direito individual fundamental de recorrer a um terceiro imparcial – o Estado Juiz – para ver solucionadas” as lides de seu interesse.

¹⁹ O Recurso Especial nº 1.176.552 – PR não foi conhecido e os Recursos Especiais julgados sob o nº 1.188.567 – PR foram conhecidos parcialmente e, nesta extensão, não providos.

²⁰ Conforme acórdão proferido nos autos do REsp nº 1.188.567 – PR.

Também o Min. Herman Benjamin,²¹ relator do REsp n. 1.176.552 – PR, nesse particular, destacou que vê “com reservas restrições *ab initio* de intervenção do Poder Judiciário sobre questão regulatória” e concluiu que o controle judicial dos atos de regulação é possível nas seguintes hipóteses:

“Se a Administração deixar de se valer da regulação para promover políticas públicas, proteger hipossuficientes, garantir a otimização do funcionamento do serviço concedido ou mesmo assegurar o ‘funcionamento em condições de excelência tanto para o fornecedor/ produtor como principalmente para o consumidor/ usuário’ haverá vício ou flagrante ilegalidade a justificar a intervenção judicial.

Nesse momento, a discricionariedade técnica deixa de constituir obstáculo ao contraste jurisdicional pleno da atividade administrativa. À semelhança do que acontece com a presunção de constitucionalidade, que não subsiste para a lei restritiva de direito fundamental, com mais razão o ato administrativo não será presumido legítimo, especialmente quando classificado nesse mesmo campo – devemos lembrar que estamos, aqui, a tratar da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade.”²²

Quanto à hipótese específica posta ao exame do judiciário – possibilidade de cobrança de tarifas interurbanas entre municípios conurbados – o acórdão proferido nos autos do REsp nº 1.188.567 – PR, da lavra do Min. Mauro Campbell Marques, apesar de (formalmente) não ter conhecido dos capítulos do recurso que versavam sobre o tema de fundo, transcreveu elucidativos trechos do acórdão do TRF – 4ª Região, que foi integralmente mantido pelo Superior Tribunal de Justiça. Dessa decisão colhem-se os seguintes fundamentos:

“No caso em exame, ainda que o Município de Quatro Barras pudesse configurar área local distinta, não há como negar a existência de conurbanidade entre ele e os demais que compõem a Região Metropolitana de Curitiba, situação esta que respalda a cobrança da tarifa local.

De outra banda, não é possível pensar a política tarifária com total desvinculação da realidade urbana e econômica de determinada localidade, obedecendo a critérios puramente objetivos.

Os Municípios de uma mesma Região Metropolitana são interdependentes não apenas em termos urbanísticos mas também administrativos e sobretudo econômicos, comungando da movimentação regional.

(...)

Em sendo aplicáveis ao caso os princípios que regem os serviços públicos de telefonia já mencionados, não é razoável, tampouco proporcional e isonômico que o Município de Quatro Barras receba tratamento tarifário diferenciado ao dispensado para outros pertencentes à mesma região Metropolitana de Curitiba. Uma vez que pela Lei Complementar nº 14/73 o referido município compõe a região metropolitana de Curitiba, a tarifação dos serviços telefônicos entre o

²¹ Acórdão proferido nos autos do REsp nº 1.176.552 – PR

²² Idem.

mesmo e os demais componentes da citada região se dará considerando as ligações efetuadas como locais, sob pena de acarretar prejuízos irreparáveis à população de usuários.

Assim, a cobrança de tarifas interurbanas aos usuários do serviço de telefonia do município do apelante implica em grande prejuízo econômico, uma vez que o custo da ligação reflete nos custos de produção de bens e serviços, por exemplo, além de afetar negativamente os usuários residenciais, como consta do parecer ministerial (...).²³

Com base no exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça constata-se que, apesar de haver um maior número de acórdãos, no sentido de se manter a cobrança de tarifas “DDD” dentro de um mesmo município ou de uma mesma região metropolitana, há pelo menos 4 (quatro) acórdão com conclusão diametralmente oposta, sendo alguns deles relativamente recentes.²⁴

Conclui-se que a jurisprudência do STJ não pode ser considerada pacífica e uníssona acerca do tema objeto de investigação.²⁵

²³ Trecho do acórdão do TRF – 4ª Região, transcrito no acórdão proferido nos autos do REsp nº 1.188.567 – PR.

²⁴ Note-se que o REsp nº 1.188.567 – PR, julgado em 09/10/2012, com acórdão publicado em 18/10/2012, é um dos mais antigos do total de precedentes examinados. O último deles, no sentido majoritário, da impossibilidade de revisão judicial do ato da ANATEL, é o AgRg no REsp nº 1.171.443, julgado em 06/02/2014, com acórdão publicado em 14/02/2014.

²⁵ O juízo de admissibilidade dos recursos não se confunde com seu juízo de mérito. O juízo de admissibilidade diz respeito ao atendimento aos pressupostos intrínsecos (cabimento, legitimidade, interesse e inexistência de fato extintivo do direito de recorrer) e extrínsecos (regularidade formal, tempestividade, preparo, inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer) de admissibilidade recursal. Já o juízo de mérito dos recursos refere-se ao próprio objeto do pedido recursal. O juízo de admissibilidade é preliminar ao juízo de mérito, que somente é alcançado quando houver um pronunciamento positivo quanto à admissibilidade do recurso.

Nesse sentido, não se poderia, a rigor, falar em divergência entre um acórdão no qual o recurso foi conhecido (admitido) e outro que não superou o juízo de admissibilidade.

Justamente por isso, o artigo não usa as expressões “divergência”, “dissídio”, “divergente(s)” para referir-se à divergência jurisprudencial entre acórdão(s) conhecidos e não conhecidos.

Porém, tal como observado por José Carlos Barbosa Moreira (1998, pp. 569-573; 594-598), nossos Tribunais Superiores têm uma longa tradição de confundirem juízo de admissibilidade e juízo de mérito nos julgamentos dos recursos extraordinários e especiais.

Assim, muitas vezes, o STF, apesar de produzir pronunciamento de mérito negativo (desprovemento) acerca do recurso extraordinário, declara não ter conhecido do recurso. Nesse sentido, esclarecedoras são as palavras do prof. Barbosa Moreira:

“É inadequada a maneira por que o Supremo Tribunal Federal costuma pronunciar-se acerca desses recursos, dizendo que deles ‘não conhece’ quando entende inexistir a alegada infração. Desde que se examine a federal question suscitada pelo recorrente, isso significa que se julga o recurso de meritis, pouco importando que se acolha ou se repila a impugnação feita à decisão recorrida; em casos tais, o que se deve dizer é que se conheceu do recurso e, respectivamente, que se lhe deu ou negou provimento.” (1998, pp. 595-596)

De fato, tal como percebido pela doutrina (BARBOSA MOREIRA), o Supremo Tribunal Federal, até 2003, apenas declarava conhecer dos recursos extraordinários, quando lhes deva provimento.

Esse quadro, no âmbito do STF, somente começou a mudar, a partir do julgamento do RE nº 298.694, da Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, ocorrido em 06 de agosto de 2003. No referido julgamento, o Tribunal, acolhendo as críticas de Barbosa Moreira, começou a distinguir de uma maneira mais correta o juízo de admissibilidade do juízo de mérito do recurso extraordinário. Veja-se, à propósito à ementa:

“Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, – para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados – e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário”.

Ocorre que, mesmo após as pertinentes críticas de Barbosa Moreira e do precedente do STF, ainda há, em vários casos, confusão entre juízo de admissibilidade e de mérito no âmbito dos recursos de natureza extraordinária. Em seu artigo “O que significa ‘não conhecer’ de um recurso?” (1996, p. 83-94), Barbosa Moreira examinou a questão, apontando problemas quanto à distinção entre juízo de admissibilidade e de mérito não apenas por parte do STF, mas também pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento dos recursos especiais.

Toda essa tradição longeva de confundir-se juízo de admissibilidade e juízo de mérito, particularmente, no julgamento dos recursos especiais e extraordinários, além de gerar problemas, acarretou necessárias adaptações, sejam jurisprudenciais, sejam legislativas.

Entre os atos jurisprudenciais que buscaram resolver problemas ligados à confusão entre juízo de admissibilidade e de mérito, destaca-se o enunciado nº 249, da súmula da jurisprudência predominante do STF, no sentido de que “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.” (grifamos)

O enunciado sumular supratranscrito busca resolver problemas relativos à competência para julgamento de ação rescisória, quando o acórdão do STF a ser rescindido, apesar de ter enfrentado o mérito, tiver pronunciado o não conhecimento

Análise das ideias de Jürgen Habermas acerca de “agir comunicativo” e “integridade” como marcos teóricos para exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre possibilidade de revisão judicial dos atos regulatórios

Breves noções gerais sobre a teoria habermasiana

O pensamento de Jürgen Habermas (1994; 2001; 2002; 2003) pode contribuir para o debate acerca da possibilidade e limites da revisão judicial dos atos regulatórios. Suas ideias relativas ao agir comunicativo, aplicação de princípios e integridade trazem importantes ferramentas para a compreensão e aplicação do direito de um modo geral, e, em particular, do direito regulatório em uma sociedade complexa como a nossa.

Para que se possa melhor compreender a teoria habermasiana, faz-se necessário tecer breves considerações sobre alguns conceitos basilares do pensamento do filósofo, tais como “sociedade tradicional”, “sociedade moderna”, “sistema”, “mundo da vida”, “agir instrumental” e “agir comunicativo”, sem os quais torna-se muito mais difícil a compreensão de ideias subsequentes.

Segundo Habermas (1998, p. 39; 2003, p. 42), na sociedade tradicional (instituições arcaicas; *eine ähnliche, wiederum Verhaltenserwartungen*), todos os

do recurso. Dele depende-se o reconhecimento por parte da Corte Suprema da prática (críticável) de confundir-se juízo de mérito e juízo de admissibilidade em sede de recurso extraordinário.

Até mesmo nossa novíssima legislação processual teve que levar em conta essa prática do STF e do STJ. É o que verificamos no âmbito do próprio Código de Processo Civil de 2015, que, em seu art. 1.043, inciso III, reza:

“Art. 1043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:

(...) III – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;”

Ou seja, tanto a jurisprudência sumulada do STF, como o próprio novo Código de Processo Civil admitem a divergência jurisprudencial entre acórdãos que conheceram do recurso e outros que apesar de (formalmente) não terem deles conhecido, examinaram o mérito (“*não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia*”).

Daí, apesar de não ser tecnicamente o mais adequado, nosso sistema processual civil admite o dissídio (a divergência) jurisprudencial entre acórdão que conheceu de recurso especial (ou extraordinário) e outro que apesar de não ter sido conhecido, examinou a controvérsia.

O problema decorre da prática longeva e equivocada dos Tribunais Superiores no que tange (à confusão) em seus pronunciamentos de admissibilidade (conhecimento) e mérito dos recursos especiais e extraordinários.

domínios da vida eram explicados dentro de uma eticidade única, compartilhada por todos os membros da comunidade. Essa unidade ética era uma decorrência de valores religiosos ou míticos uniformes, valores esses sagrados e incontestáveis, que explicavam a organização social, a divisão do trabalho e da riqueza, ou seja, todos os domínios da vida.

Com o surgimento da sociedade moderna, membros ou grupos de membros da sociedade passam a questionar essa eticidade única representativa da sociedade tradicional. Surge uma pluralidade de eticidades, ou seja, uma pluralidade de concepções de mundo e de modos de vida, abalando a própria ideia de “tradição” (NOBRE; TERRA, 2008, p. 16-18). Era o surgimento da era moderna.

Essa transformação social foi explicada pela filosofia política, principalmente, através do contrato social. Com a modernidade, o direito passou a ser cada vez mais autônomo em relação a uma eticidade determinada, passou a ser crescentemente mais direito positivo, recorrendo cada vez menos a um fundamento sagrado ou superior que seria compartilhado pela coletividade (HABERMAS, 1998, p. 45-52; 2003, p. 48-55; NOBRE; TERRA, 2008, p. 17).

Os ramos do saber autonomizaram-se, deixando de ser explicados em função de uma tradição única. Arte, por exemplo, deixou de ser explicada e de servir exclusivamente a uma concepção moral particular, do mesmo modo que a investigação científica poderia mais estar submetida a regras religiosas ou políticas (NOBRE; TERRA, 2008, p. 19-20).

Habermas (1998, p. 32-45; 2003, p. 35-47) descreve a sociedade moderna segundo o modelo da sociedade complexa dividida entre mundo da vida e sistemas sociais. O mundo da vida seria composto pelas relações sociais cotidianas que utilizamos uns com os outros. Os sistemas possuem um conjunto de instituições específicas e são regidos por uma racionalidade própria, de modo que os agentes alteram a lógica que governa suas ações à medida que transitam de um sistema para o outro (do regulatório para o político, ou econômico, por exemplo).

Porém, nesse contexto pluralista, de eticidades diversas, surge a questão de como a sociedade moderna, repleta de conflitos e tensões entre as diversas lógicas próprias das várias esferas culturais de valor, consegue manter-se unida (NOBRE; TERRA, 2008, p. 21).

Para Habermas, em seu livro, *Teoria da Ação Comunicativa*, o grande potencial de desacordo e conflito, decorrente do surgimento da sociedade moderna é estabilizado (controlado) por meio de uma diferenciação da racionalidade das ações sociais. Na verdade, Habermas distingue duas espécies de ações que contribuem para a coesão, impedindo o esfacelamento social (NOBRE; TERRA, 2008, p. 20).

A primeira delas é a ação instrumental (*Instrumentelles Handeln*), voltada para o êxito, e que ocorre dentro dos sistemas. Por exemplo, na lógica de produção de bens materiais para a sociedade, os atores sociais unem-se para a realização dos propósitos de produção, voltados para o êxito. O sucesso é medido, dentro do sistema da economia, pelo meio do dinheiro. Em outras esferas, como a política, ocorre o mesmo fenômeno, no qual os atores são voltados para o poder. Dentro da ação instrumental os indivíduos não são vistos como sujeitos dotados de opinião, visões de mundo e crenças distintas, mas sim, como meros componentes de um sistema voltado para o êxito, como meios com vistas à consecução de um fim determinado (NOBRE; TERRA, 2008, p. 20-22).

De outro lado, têm-se também uma outra lógica, voltada para o diálogo em busca do consenso. Trata-se da ação comunicativa (*Kommunikative Macht* ou *Kommunikative Handeln* in HABERMAS, 1998, p. 187-207). Essa outra maneira de lidar com o conflito, com as tensões e o com dissenso é a discussão racional, livre de impedimentos, na qual os participantes são livres para dialogar e buscar o entendimento racional (HABERMAS, 2003, p. 190-210; NOBRE; TERRA, 2008, p. 20-22). Durão, interpretando Habermas, afirma que “a racionalidade comunicativa (...) se nutre das relações de solidariedade presentes na comunidade cotidiana entre os indivíduos”, permitindo, assim, “que os falantes se entendam no mundo da vida através da fala que enunciam locutoriamente um conteúdo proposicional e apresentam ilocutoriamente uma pretensão de validade.” (DURÃO, 2006, p. 103)

O domínio da vida em que predominam as ações do tipo instrumental é chamado por Habermas de “sistema” (*System*). Por outro lado, o “mundo da vida” (*Lebenswelt*), para Habermas (1998, p. 23), é a domínio de prevalência das ações do tipo comunicativo.

O aumento crescente da complexidade social gera o risco do que Habermas chama de “colonização” do mundo da vida pelos sistemas sociais, na medida que áreas especializadas como a economia e a política passem a reger cada vez mais o cotidiano das pessoas, gerando um encolhimento da racionalidade comunicativa (agir comunicativo) e sua gradual substituição pelo agir estratégico.

Dentro desses dois domínios, o direito tem um papel fundamental, pois funciona como uma espécie de “transformador”, servindo de meio entre os sistemas e o mundo da vida. (Habermas, 1998, p. 58-59)

Othon Lopes, ressaltando essa mesma característica, destaca que “o direito tem uma feição bifronte, em que se apresenta como instrumento conectado aos sistemas econômico e político-burocrático e como instituição vinculada ao mundo da vida, no qual circulam discursos ético-morais” (no prelo 2018, p. 314). Para realizar essa articulação entre “mundo da vida” e “sistemas”, “o direito se vale de um tripé constituído por sistema de regras que favorecem um conjunto de

diretrizes políticas e respeitam uma comunidade de princípios” (no prelo 2018, p. 314).

No âmbito do direito regulatório, a interpretação tem se dado predominantemente sobre o “eixo das regras para satisfação de demandas sistêmicas oriundas de uma sociedade de especialistas” (LOPES, no prelo 2018, p. 314).

Habermas trabalha com a tensão entre facticidade e validade. Essa mesma tensão pode ser vista no direito regulatório entre “conhecimento técnico”, especializado da Agência Reguladora, e validade jurídica, vista na perspectiva das regras e princípios.

O agir comunicativo e a razão destranscendentalizada

O agir comunicativo (*Kommunikative Macht* ou *Kommunikative Handeln*), mais relacionado com o mundo da vida, ganha relevo para se contrapor ao agir instrumental (*Instrumentelles Handeln*), típico dos sistemas, como pode ser caracterizado o sistema regulatório.

Em sua obra “Agir Comunicativo e razão destranscendentalizada”, Habermas (2002), distanciando-se de Kant – que propõe uma racionalidade transcendental –, e valendo-se das ideias de “giro linguístico” e da “guinada hermenêutica”, trazidas por Heidegger, Wittgenstein e Gadamer, entende que a razão deixa de ser transcendental, para se destranscendentalizar, para ser cunhada dentro da linguagem.

Habermas se distancia do kantismo especialmente em relação a três temas: “a necessidade de substituir o idealismo transcendental por um realismo interno; a atribuição de uma função regulativa e não mais constitutiva para o conceito de verdade; e a inserção dos referentes mundanos em contextos do mundo da vida” (2002, p. 12).

Ele se distancia também das posições pragmáticas clássicas, criticando a orientação pierceana “de que uma ‘Comunidade de Investigadores’ ideal, ilimitada no tempo e no espaço, tenha a “opinião final” sobre o que é real, como resultado de um progresso do conhecimento orientado para a verdade, em que esta passa a ser identificada com “assertabilidade ideal”. Para Habermas, a ênfase deve ser deslocada para “o próprio processo de justificação da verdade através do discurso racional, pelo qual as afirmações verdadeiras devem resistir sempre a todas as objeções levantadas até aquele momento” (2002, p.13)

Por fim, distingue-se também da filosofia analítica contemporânea da teoria do significado, “tentando ‘estabelecer um paralelo entre as descrições normativas da prática linguística da filosofia analítica da linguagem e da

pragmática-formal, que seriam similares, pois ambas se utilizariam de uma rede de suposições idealizadoras” (HABERMAS, 2002, p.14)

Assim, a ideia de verdade passa a ser substituída por “aceitabilidade racional” (HABERMAS, 2002, p. 19).

O que pretende o Filósofo alemão é utilizar “a versão intersubjetiva de um conceito de razão universalista dos pragmatistas” para apresentar aos “filósofos analíticos a necessidade de adotar uma perspectiva pluralista”. Para isso há necessidade de condições “que devem ser satisfeitas em argumentações”, exigindo “publicidade e inclusão cada vez maior”, ao invés da “coação”. O universalismo do agir comunicativo (*Kommunikative Handeln*) e da razão destrancendentalizada (*Detranszendentalisierte Vernunft*) é, portanto, “cada vez mais inclusivo” e “altamente idealizador”, eis que “é pensado para ser confrontado ao particularismo de cada consenso e de cada comunidade de linguagem” (HABERMAS, 2002, p. 20). Busca Habermas (2002) através desse diálogo a produção do entendimento, do consenso, para a construção de novos sentidos para o mundo.

Em Habermas (2002, p. 29-30), a razão não foi de modo algum abandonada, porém, apenas transformada. A “destrancendentalização” leva à inserção dos sujeitos socializados em contextos de mundo da vida, que se tornam aptos à cognição, dentro do agir comunicativo.

O idealismo transcendental, contudo, é substituído por um realismo interno, participativo, que insere as pessoas, flexibiliza o conceito de verdade e alcança no mundo da vida os referentes mundanos (HABERMAS, 2002, p. 38-39; 41).

Essa diferença de status dos saberes da ação não se esclarece sozinha a partir da destrancendentalização do sujeito agente, que desce do “reino dos seres inteligíveis” para o mundo da vida articulado linguisticamente dos sujeitos socializados (HABERMAS, 2002, p. 52-53).

Convincente passa a ser o que pode ser aceito racionalmente, não de forma transcendental, mas de forma dialogada. E esse processo de argumentação é aberto para todas as “objeções relevantes e para todos os aperfeiçoamentos das circunstâncias epistêmicas”, alcançando, assim, não uma verdade racionalmente imposta ou apenas alcançável pelos luminares, porém uma verdade, consentida, trabalhada e dialogada (HABERMAS, 2002, p. 59).

Estabelecida a relevância do agir comunicativo por meio do diálogo em que se busca uma razão que não mais é transcendental, passa-se ao tema da importância da aplicação dos princípios.

Por uma questão de princípio

A concepção de uma “comunidade” ou “constelação” de princípios e de “direitos levados à sério” (LOPES, no prelo 2018, p. 287) deixa claro que questões morais fazem parte (ou devam fazer parte) do discurso jurídico.

Esses conteúdos morais devem ser, portanto, trabalhados no discurso jurídico. Essa é uma das ideias centrais do pensamento de Ronald Dworkin (2010; 2007; 1986), que é, em boa medida, incorporado por Habermas em sua obra sobre facticidade e validade (*Dworkin's Theorie der Rechte* in 1998, p. 258 – 272).

O sistema de direitos e princípios tem suas raízes na moral e na razão prática. A ordenação da linguagem jurídica forma filtros que o impedem de promover uma absorção direta dos conteúdos da moral política (no prelo 2018, LOPES, p. 288).

A concepção dworkiana de aplicação dos princípios, acolhida por Habermas (2003, p. 261-295; 1998, p. 258-291), tem como pressuposto a ideia de que o direito não pode ser composto apenas de regras, devendo também e especialmente ser integrado pelos princípios e direitos morais.

Ronald Dworkin (2010), adepto de uma teoria de separação forte entre regras e princípios, apresenta uma consistente e relevante distinção entre as duas categorias de normas jurídicas. Para Dworkin, “a diferença entre princípios e regras jurídica é de natureza lógica”, eis que “as regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada”. Ou seja, “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão.” (2010, p. 39). Já os princípios, “mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.” (DWORKIN, 2010, p. 40).

Outra distinção feita por Dworkin (decorrente da primeira) é que os princípios possuem “uma dimensão de peso ou importância”, ou seja, “quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” (2010, p. 42), já “as regras não têm essa dimensão”, eis que “são funcionalmente importantes ou desimportantes” (2010, p. 43), mas não se pode dizer que uma seja mais importante que outra. Desse modo, “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida” e a decisão de se saber “qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras” (2010, p. 43), como por exemplo, valer-se “de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa do gênero”. (2010, p. 43)

Conforme esclarece Othon Lopes, “ao lado da mera legalidade e de sua infinidade de regras, os princípios promovem a circulação de conteúdos morais e políticos, validando e legitimando a produção do direito’ (no prelo 2018, p. 288).

Nesse contexto, legitimidade e a própria legalidade não podem ser fruto de uma racionalidade autônoma, independente, isenta de valores morais. Aliás, a teoria habermasina já nos mostrou que a razão passa a ser dialogada, o que

pressupõe uma interrelação entre diversos domínios da vida e ações do tipo comunicativo entre os partícipes do mundo da vida.

Tal como afirma Habermas, “as qualidades formais desse tipo de direito só oferecem razões de legitimidade à luz de princípios de conteúdo moral” (2001, p. 545).²⁶

É bem verdade que a adoção dos princípios e diretrizes política de conteúdo moral aumentam o grau de indeterminação do direito, mas tal como nos lembra Othon Lopes (no prelo 2018, p. 288), “isso se compensa com um ganho de fundamentação no processo decisório”. Desse modo, “o direito vigente pode mostrar-se como justificado a partir de um conjunto ordenado de princípios e, portanto, pode mostrar-se como uma encarnação mais ou menos exemplar do direito em geral” (Habermas, 2001, p. 281).

No âmbito do direito regulatório, dada a especificidade técnica de cada setor regulado, há o risco de se esquecer da aplicação principiológica e valer-se, sem reflexão, das regras decorrentes do ordenamento jurídico criado em um sistema muitas vezes fechado e burocrático, em que os espaços comunicantes para o mundo da vida estejam fechados.

Tal como percebe Lopes (no prelo 2018, p. 289), “um aparato estatal cada vez mais complexo e imperativos sistêmicos de uma economia autônoma que carece de estabilização forçam esse tipo de adaptação do direito”. O risco que se corre é de deixar-se de “integrar a sociedade por meio de normas e valores”, fazendo prevalecer apenas as lógicas sistêmicas da economia e do poder administrativo-burocrático, “controlados pelo dinheiro e pelo poder” (no prelo 2018, p. 289). Tudo parece estar voltado para os interesses e a lógica do sistema da regulação e do controle dos mercados.

Nesse prisma, “a lei se apresenta apenas como uma embalagem para legitimar os imperativos sistêmicos”. (LOPES, no prelo 2018, p. 289)

Lapidar é a conclusão de Othon Lopes (no prelo 2018, p. 289) acerca do ponto:

“O sistema jurídico de regras, especialmente oriundas da regulação, deve ser objeto de tradução, extraindo-se do sentido de seu texto conceitos abertos para se integrarem à comunidade de princípios, permitindo-se o estabelecimento de procedimentos argumentativos com capacidade de legitimação do direito instrumentalizado pela regulação”.

Ainda em favor dos princípios há dois fatores que merecem destaque. O primeiro é sua notável afinidade com os direitos fundamentais, “que tem um papel

²⁶ Colhe-se da versão original em alemão a seguinte passagem: “*Das positive Recht kann seine Legitimität nicht mehr einem übergeordneten moralischen Recht, sondern nur noch einem Verfahren präsumtiv vernünftiger Meinungs – und Willensbildungen entlehnen*” (1998, p. 674). Tradução livre do autor, do original em alemão para o português: “O direito positivo não pode mais emprestar sua legitimidade de um direito moral superior, mas somente de um processo de opinião presumivelmente razoável e em formação.”

altamente relevante na manutenção de uma sociedade diferenciada e complexa, com diversos âmbitos de comunicação sistêmica” (LOPES, no prelo 2018, 293). O segundo é o fato de que os princípios, ao contrário da maior parte das regras, normalmente não foram criados em gabinetes burocráticos. Ao contrário, “foram resultados, por processos distintos, de maturação e evolução de discussões de moral política” no mundo da vida (LOPES, no prelo 2018, p. 312).

Tensões entre princípios e normas e uma possível solução

Tal como apontado por Habermas (1998; 2001; 2002), em um Estado Democrático de Direito existem várias tensões dentro do direito em uma sociedade complexa.

Entre essas tensões ganha importância aquela atinente a dialética entre princípios e regras. De um lado, uma aproximação entre ambos, buscando uma identidade completa gera um legalismo “ingênuo e exegético, transformando os juízes no que Montesquieu chamava de meras bocas da lei” (LOPES, no prelo 2018, p. 290), nulificando o próprio judiciário. De outro, uma aplicação principiológica extremada, “voltada completamente à adequação social, com o desprezo da consistência contida numa identificação entre ambos, levaria a um decisionismo, entregue a idiosincrasias”. Nesse ambiente de tensões entre “facticidade” e “validade”, entre “regras e “princípios”, entre “tecnicismo regulatório” e “aplicação principiológica”, busca-se um equilíbrio, ou um instrumental teórico que nos possa trazer algum alento.

Em uma dimensão crítica do direito, em que se faz obrigatório o diálogo argumentativo, uma possível solução para a tensão entre princípios e regras ganha importância, principalmente no mundo da vida, como esfera indiferenciada de vivência, na qual proliferam as normas em um sistema jurídico dentro de uma sociedade hipercomplexa (LOPES, no prelo 2018, p. 291) e pós-tradicional.

Marcelo Neves (2013, p. 149-151) apresenta uma possível solução entre a dicotomia “princípios-regras”. Para tanto, após examinar a teoria da ponderação defendida por Robert Alexy, que pressupõe uma instância superordenada, com possibilidade de determinar decisivamente o que caberia em cada campo da vida, afirma que isso não seria aplicável em uma sociedade “hipercomplexa, multicêntrica e diferenciada que necessariamente deve conviver com a questão da incomensurabilidade de âmbitos sociais e com a falta de hierarquias definidas e estabelecidas” (2013, p. 150).

Neves (2013, p. 150-151) refuta a teoria de Alexy em seu aspecto da “ponderação otimizante”, considerando-a “subcomplexa” porque pressupõe uma superinstância social com possibilidade de fazer prevalecer um âmbito social em detrimento de outro por considera-lo melhor, “formando uma hierarquia rígida de valores com reflexos sociais, ao estabelecer a precedência de um âmbito social por outro” (LOPES, no prelo 2018, p. 294).

Para Marcelo Neves (2013, p. 151) a solução estaria em substituir-se a “ponderação otimizante” pela “ponderação comparativa”. Isso porque

“incomensurabilidade não se confundiria com incomparabilidade”. Ou seja, ainda que não se possa medir exatamente os sistemas e âmbitos sociais, Neves acredita que seja possível compará-los. Desse modo, na comparabilidade poderiam ser construídas pontes entre os diversos âmbitos sociais e sistêmicos, com a criação de racionalidades transversais apoiada em pontos de compatibilidade dentro das dimensões incomensuráveis.

O problema passaria a ser o de “evitar a hipertrofia de uma determinada leitura principiológica em detrimento de outras”, minimizando “os perigos da desdiferenciação, resultante do aumento desmesurado do volume de uma esfera social” (LOPES, no prelo 2018, p. 295).

Assentadas as premissas da importância da aplicação principiológica no direito e de que é viável a solução da tensão entre a aplicação de princípios e regras, passa-se ao exame da integridade dentro do pensamento de Ronald Dworkin, que foi acolhida por Habermas.

Sobre o direito como integridade

Não é mera coincidência o fato do eixo central da teoria de Dworkin (1986; 1999, 2000; 2007) estar relacionado à ideia de integridade. Ao tratar de integridade, há especial preocupação com a pertinência e coerência do conjunto de princípios. A importância que Dworkin dá ao tema fica patente quando se observa que dois capítulos centrais do Império do Direito (1986, p. 176-224, p. 225-275; 2007, p. 213-269, p. 271-331) envolvem integridade.

A integridade revela-se como uma virtude política, que pauta (ou deva pautar) todo o direito, visando a construção de uma moral interpessoal, adotada como instituição jurídica. Tal como expressa Lopes, a integridade surge dentro do contexto de um direito principiológico, com a tomada de consciência de que “uma comunidade quer ser governada por uma concepção simples e coerente de justiça, equidade e devido processo legal, na proporção correta” (no prelo 2018, p. 286), com a utilização de princípios que se fortalecem mutuamente.

Princípios tem duplo aspecto. De um lado, são “a expressão jurídica e vinculativa de valores, como desdobramentos da ética, entendida como o bem viver”; de outro expressam comandos de moralidade, compreendida a moral “como a maneira pela qual deve-se tratar os outros” (LOPES, no prelo 2018, p. 286).

Outro conceito central e correlato no pensamento dworkiano é o de equidade, vista como estrutura institucional de um sistema que distribua as decisões políticas de maneira adequada (DWORKIN, 2007, p. 484). Na verdade, a equidade está contida dentro da ideia maior de integridade que passa pelo respeito à coerência e pertinência do conjunto de princípios a serem aplicados.

Direito como integridade é um conjunto interpretativo que procura oferecer a “melhor adequação e justificação das práticas e vivências institucionais” (LOPES, no prelo 2018, p. 287).

Note-se que essas noções principiológicas fundadas na integridade devem ser vividas e aplicadas, eis que “o império do direito define-se por atitudes” (LOPES, no prelo 2018, p. 287) e não palavras.

Observando aspectos retrospectivos e prospectivos da aplicação principiológica do direito, Othon Lopes destaca que “é a boa-fé em relação ao passado e o otimismo na construção de um futuro melhor” que poderão manter a coesão da comunidade, “af incluídas as autoridades administrativas, a partir de uma atitude fraterna na vivência dos princípios” (LOPES, no prelo 2018, p. 287).

A regulação entre princípios e regras sob a ótica da integridade

Em que pese a relevância dos princípios, não se pode negar que as regras desempenham um papel muito importante no mundo jurídico, tanto é assim que não se pode assumir que o direito poderá prescindir delas em algum momento.

O direito precisa de regras. Necessita delas, por exemplo, para “fácil comunicação de mensagens com os sistemas econômicos e político-burocrático” (LOPES, no prelo 2018, p. 308). Também faz parte da dogmática jurídica a aplicação de regras legais, por subsunção, dentro da lógica de silogismo.

Ou seja, as ideias de coercibilidade, cálculo, dinamicidade, hierarquização de regras conferem funcionalidade e operatividade ao direito como sistema estruturante da sociedade (LOPES, no prelo 2018, p. 310). Essas consequências da aplicação das regras tornam-se perceptíveis e inteligíveis pelos sistemas da política e da economia.

O problema é que essas mesmas regras conduzem à hipertrofia do direito, gerando sua instrumentalização, criando um ordenamento jurídico “esfacelado”, em função da “própria dispersão do poder administrativo – burocrático, como são exemplos as agências reguladoras” (LOPES, no prelo 2018, p. 310). Como resultado desse esfacelamento, o próprio objetivo de certeza, segurança, estabilidade e unidade que o direito deveria oferecer aos sistemas econômico e administrativo-burocrático encontra-se ameaçado.

A alternativa, apontada por Habermas (1998; 2001; 2002) e Dworkin (1986, p. 176-224, p. 225-275; 2007, p. 213-269, p. 271-331) aos problemas decorrentes de um sistema jurídico composto quase que exclusivamente por regras é a aplicação de princípios e, em especial, da integridade, por intermédio da reflexão, argumentação, que levem à uma interpretação jurídica fundada em equidade e coerência.

Tal como apontado por Othon Lopes, “as decisões oriundas de um debate sobre princípios e direitos exigem fundamentação e legitimação com apoio em discussões de moral política” (no prelo 2018, p. 311), que, de forma isonômica, remetem a uma sociedade em que todos os indivíduos merecem igual respeito e atenção (DWORKIN, 2007, p. 267).

A partir de um debate sobre “uma solução pautada em parâmetros abertos e universais e a interrupção do processo circular de produção normativa para a resolução das próprias inconsistências” do sistema podem inibir os exageros da

atividade normatizadora, conferindo “consistência organizatória ao disperso material normativo produzido como regras administrativas” (LOPES, no prelo 2018, p. 311).

É a aplicação do discurso do direito dentro da perspectiva do agir comunicativo (*Kommunikative Macht* ou *Kommunikative Handeln in* HABERMAS, 1998, p. 187-207), fundado na compreensão e concretização da integridade (DWORKIN, 1986, p. 176-224, p. 225-275; 2007, p. 213-269, p. 271-331).

A conclusão que se tira é que “o conteúdo de moral política dos princípios confere uma dinamicidade ao direito” que permite “novas decisões adaptadas à sociedade complexa”, pautadas por um “maior grau de legitimidade pelo processo de argumentação que lhes é inerente” (LOPES, no prelo 2018, p. 312)

Esse plano constituído por um conjunto de princípios, decorrentes das ações do tipo comunicativo, complementa e aprimora o sistema jurídico, conferindo-lhe maior legitimidade e aceitabilidade social, sedimentando padrões de justiça (HABERMAS, 2003, p. 190; 1998, p. 187).

Válidas são as palavras de Othon Lopes (no prelo 2018, p. 312) acerca do papel dos princípios e seu funcionamento:

“Os princípios são uma janela permanente em que se podem vislumbrar tanto padrões de eticidade arraigados como a infinita capacidade calculadora da economia com alto poder de planejamento temporal da produção, selecionando argumentativamente, por seu caráter deontico, quais cenários devem permanecer e quais devem ser excluídos”.

Os princípios, intimamente ligados aos direitos fundamentais, servem de eixo para manutenção de uma sociedade complexa, fazendo o papel do agir comunicativo habermasiano (1998, p. 187-207).

Tratando especificamente do direito regulatório, Othon Lopes (no prelo 2018, p. 313) afirma que “os princípios além de serem veículo de legitimação e consistência”, criam um espaço privilegiado para construção de “racionalidades transversais, compatíveis com a diferenciação funcional e com a proteção dos indivíduos contra a sua instrumentalização pelos sistemas”.

Na busca de justiça e coerência como características indispensáveis e definidoras da integridade, resta evidente a relevância dos princípios carregados por valores de moral política, geradores de “agregação”, “reflexividade”, “universalidade”, “argumentação”, “coerência”, “perenidade” e “complementaridade”, “constituindo uma metalinguagem com elevado poder de legitimação e também com potencial para constituir pontes transversais entre os diferentes sistemas” (LOPES, no prelo 2018, p. 314 - 315)

Em conclusão, particularmente no âmbito do direito regulatório, os princípios não apenas podem legitimar as regras produzidas administrativamente, como também devem ser pontos de “auto-observação” e “filtragem” recíproca entre os sistemas, possibilitando tanto a “integração sistêmica como a integração social pelo entendimento mútuo” (LOPES, no prelo 2018, p. 315)

Conclusão

À luz de todas essas premissas que servem de marco teórico do presente texto, fica evidente que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade (ou não) de cobrança de tarifas de longa distância em ligações realizadas dentro de um mesmo município ou entre municípios conurbados não atende aos critérios dworkianos e habermasianos de integridade.

A falta de uniformidade entre os julgados, cujas conclusões são alteradas em determinados casos, sem maiores explicações, sem critérios razoáveis e inteligíveis que justificariam uma eventual distinção ou superação da jurisprudência, revela a falta de coerência, gerando situações anti-isonômicas para os jurisdicionados.

Ao mesmo tempo, os precedentes minoritários, que culminaram com a manutenção de decisões que alteraram os atos normativos da agência reguladora de telecomunicações, impossibilitando a cobrança de tarifas “DDD” entre municípios conurbados ou dentro de um mesmo município, fundamentaram-se em princípios de isonomia e equidade, justificáveis pela teoria de integridade aplicável dentro da teoria do discurso e da ação comunicativa, o que encontra respaldo dentre das razões instrumentais de integridade defendidas por Habermas.

A maior parte dos precedentes do STJ sobre o tema, que defendem a impossibilidade de revisão das regras “regulatórias” por parte do poder judiciário, infelizmente, reflete o cenário de colonização do mundo da vida por parte do sistema técnico – burocrático da agência reguladora. Na prática, a manutenção do regramento técnico da ANATEL gera a cobrança de altas tarifas para determinados consumidores que, simplesmente tiveram o desfultório de estarem localizados em bairro, distrito ou município, em que a agência teve dificuldades técnicas de implementar um sistema que reflita a realidade geográfica e social da comunidade. Se determinado consumidor, em alguns casos, morasse em outro distrito, bairro ou município, ainda que próximo do primeiro, sua situação seria totalmente distinta. Não há sobre qualquer critério racional para a ótica dos consumidores, como justificar tal tratamento anti-isonômico.

Daí, a falta de coerência e equidade da jurisprudência majoritária do STJ sobre a questão objeto de análise, a demonstrar o desatendimento ao critério de integridade.

Referências Bibliográficas

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARANHA, M. I. **Direito das Telecomunicações: histórico normativo e conceitos fundamentais**. 3ªed., London: Laccademia Publishing, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. O que significa “não conhecer” de um recurso? **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 92, n. 333, jan.-mar. 1996, p. 83-94.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 572.070 - PR**, da Segunda Turma. Rel. Min. João Octávio de Noronha. Julgado em 16/03/2004, Brasília – DF, Publicado no DJ de 14/06/2004, p. 206.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 614.042 - PR**, da Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. Julgado em 22/02/2005, Brasília – DF, Publicado no DJ de 01/08/2005, p. 325.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 977.690 - PR**, da Primeira Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. Julgado em 16/10, 2007, Brasília – DF, Publicado no DJ de 17/12/2007, p. 152.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 757.971 - RS**, da Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 25/11/2008, Brasília – DF, Publicado no Dje de 19/12/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 965.105 - PR**, da Segunda Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 18/08/2009, Brasília – DF, Publicado no Dje de 03/09/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 1.009.902 - SC**, da Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 08/09/2009, Brasília – DF, Publicado no Dje de 11/09/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 973.686 - PR**, da Segunda Turma. Rel. Min. Humberto Martins. Julgado em 15/09/2009, Brasília – DF, Publicado no Dje de 30/09/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 1.120.128 - PR**, da Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 03/11/2009, Brasília – DF, Publicado no Dje de 11/11/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.050.234 - RS**, da Segunda Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 10/11/2009, Brasília – DF, Publicado no Dje de 19/11/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 982.359 - RS**, da Primeira Turma. Rel. Min. Denise Arruda. Julgado em 19/11/2009, Brasília – DF, Publicado no Dje de 10/12/2009.

CALDEIRA, M. F. H. *Controle judicial da regulação estatal à luz do pensamento de Jürgen Habermas: análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre cobrança de tarifas interurbanas dentro do mesmo município ou entre municípios conurbados*. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 271-302, maio 2019. DOI: <https://doi.org/10.26512/istr.v11i1.24859>

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 1.164.700** – PR, da Segunda Turma. Rel. Min. Humberto Martins. Julgado em 04/05/2010, Brasília – DF, Publicado no Dje de 17/05//2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 1.122.363** – PR, da Segunda Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 02/12/2010, Brasília – DF, Publicado no Dje de 14/12/2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 1.176.552** – PR, da Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 22/02/2011, Brasília – DF, Publicado no Dje de 14/09/2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 965.566** – RS, da Primeira Turma. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Julgado em 13/09/2011, Brasília – DF, Publicado no Dje de 19/09/2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 1.188.567** – PR, da Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 09/10/2012, Brasília – DF, Publicado no Dje de 18/10/2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.171.443** – RS, da Primeira Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 06/02/2014, Brasília – DF, Publicado no Dje de 14/02/2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário nº. 298.694**, Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 06/08/2003, Brasília – DF, Publicado no Dje de 23/04/2004.
- BURLEY, Justine (org.). **Dworkin and his critics with replies by Dworkin**. Malden, MA: Blackwell Publishing, 2005.
- DURÃO, Aylton Barbieri. A tensão entre faticidade e validade no direito segundo Habermas. *ethic@ - An international Journal for Moral Philosophy*, Florianópolis, v. 5, n. 1, p. 103-120, jan. 2006. ISSN 1677-2954. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/17309>>. Acesso em: 11 dez. 2017.
- DWORKIN, Ronald. **Laws Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986.
- _____. **Los Derechos em Serio**. Trad. Marta Gustavino. Madri: Ariel, 1999.
- _____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camarco. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- _____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **Levando os direito a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Beitrag zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1998.
- _____. **Facticidad y Validez**. 3 ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trotta, 2001.
- _____. Jürgen. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada**. Tradução de Lucia Aragão; revisão de Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- _____. Jürgen. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade. v. I. 2 ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler; rev. de Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da regulação**. Rio de Janeiro: Processo, no prelo 2018.
- MATIAS, Maria Sonalba. **Uma análise crítica da efetividade das competências da ANATEL para execução de sua missão institucional**. Disponível em: <
<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8476/000314725.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 07 dez. 2017.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). **Direito e Democracia**. Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.