O reconhecimento da autoridade ancilar da FCC pela Suprema Corte norte-americana: convergência com a aplicação da teoria dos poderes implícitos no direito brasileiro

Rogerio Assis Carmo
Universidade de Brasília
Email: carmo4@gmail.com

Resumo

Este informe compara os institutos da autoridade ancilar e dos poderes implícitos no desenvolvimento de teoria sobre competências administrativas das agências reguladoras brasileiras. Descreveu-se o delineamento da competência ancilar da FCC a partir de julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos e da Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia. Apresentaram-se lições doutrinárias e manifestações de Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre o reconhecimento de poderes implícitos ao necessário cumprimento de deveres legais. Resultados – Demonstrou-se a confluência dessas duas vertentes teóricas para o reconhecimento de competências não diretamente expressas das agências reguladoras. O trabalho contribui para o reconhecimento de competências da agência reguladora das telecomunicações brasileira que, embora não estejam dispostas expressamente, emergem como uma imperiosidade para o cumprimento de responsabilidades diretamente dadas por lei àquela autarquia. O artigo apresenta instituto jurídico corrente na tradição norte-americana cuja aplicação à área de telecomunicações brasileira ainda não está sedimentada, não obstante a sua compatibilidade com conceitos já aceitos no direito pátrio.

Palavras-chave: regulação; autoridade ancilar; poderes implícitos; Brasil; Estados Unidos da América.

– – – – – – – – – – ◆ – – – – – – – – – –

A. INTRODUÇÃO

Em campos sempre em transformação provocada por rápidas mudanças tecnológicas e mercadológicas, tal como o de telecomunicações, podem surgir questões sobre as competências das agências reguladoras em setores e atividades novas e não previstas expressamente nas precedentes normas de criação e de atribuições dessas entidades. Há precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos que reconheceram uma competência da Federal Communications Commission – FCC para regular setores e atividades não direta e expressamente mencionadas na sua lei de criação e de disciplina de seus poderes e atuação: o Communications Act de 1934. Essa autoridade foi reconhecida como meio necessário e ancilar ao cumprimento das responsabilidades atribuídas à Comissão por esse mesmo diploma. Encontra ressonância no direito brasileiro a noção de competência cujo exercício requer o reconhecimento de poderes

IJSOC © 2021
http://ijsoc.goacademica.com

implicitamente exigidos para a realização de deveres administrativos. Este artigo enfrenta precisamente a questão da similitude dos institutos da autoridade ancilar desenvolvida no direito norte-americano, e dos poderes implícitos presente na literatura jurídica brasileira, ciente da afirmação doutrinária corrente em estudos de direito constitucional brasileiro, que correlacionam a doutrina dos poderes implícitos à doutrina dos inherent powers da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

O Communications Act de 1934 precedeu o advento das CATV e das televisões a cabo. Assim, como era de se supor, aquele ato originalmente não contemplou regras expressas para a regulação desse meio de telecomunicação.4 Dita situação permanecia à época dos casos ora apresentados, consoante denotam as manifestações dos relatores 5 para os respectivos acórdãos. Os sistemas de CATV recebiam sinais das televisões abertas e os amplificavam para retransmissão via cabo ou microondas. Esses sistemas CATV não remuneravam as produtoras ou distribuidoras de programas das televisões abertas e, em geral, cobravam contraprestação pecuniária de seus clientes. Nos primórdios e em geral, as CATV não produziam programação própria. Os sistemas CATV foram inicialmente estabelecidos sem fins comerciais, em 1949. Porém, já em 1950 foi estabelecido o primeiro sistema comercial. A partir daí, o setor passou por um crescimento explosivo. Ao final dos anos 1950, havia 550 sistemas servindo 2 milhões de pessoas. Em 1965, eram 1.857 sistemas em operação, acrescidos de 758 já licenciados e 938 pedidos de licença. Outrossim, em 1959, somente 50 sistemas operavam em microondas e seus sinais alcançavam no máximo 300 milhas. Em 1964, eram 250 os que usavam microondas e os sinais ultrapassavam 665 milhas. Os sistemas CATV cumpriam uma ou ambas das seguintes funções: a) supriam a recepção de sinais das televisões abertas em locais onde isso não era possível por outro modo; b) transmitiam sinais de estações distantes para antenas locais. À medida em que aumentava o número e o escopo dos sistemas CATV, a principal função passou a ser a importação de sinais de estações distantes. Assim, embora originalmente servissem como auxiliaries da distribuição local para áreas isoladas e terrenos adversos à recepção dos sinais abertos, os sistemas CATV se espalharam por áreas metropolitanas. Aproximavam-se, então, de se tornarem um novo sistema de comunicações de âmbito nacional, no qual os sinais de televisão poderiam ser transmitidos a áreas metropolitanas por todo o país. A predisposição da FCC para regular as CATVs sofreu modificações ao longo dos anos de expansão do serviço. Em 1959, entendeu a FCC que as CATVs não seriam radidifusores (broadcasters), como as televisões abertas, e nem detentores de infraestrutura essencial (common carriers), portanto, não se enquadravam entre as atividades então expressamente disciplinadas no Communications Act de 1934 e sujeitas à sua regulação. Considerou também que, não obstante os presumidos impactos das CATVs sobre as televisões abertas, não seria possível precisar antecipadamente os efeitos disso. Sugeriu então que o assunto fosse disciplinado pelo Congresso, o que não se sucedeu malgrado tentativa de alteração do Communications Act de 1934.

Em 1962, reavaliando a significância das CATVs perante suas competências regulatórias, a FCC admitiu que a probabilidade de efeitos adversos da competição com as CATVs sobre as audiências e as receitas das televisões abertas locais tornara-se substancial e já não mais poderia ser ignorada. A agência impôs, então, duas regras: a) as CATVs deveriam retransmitir os sinais de todas as estações localizadas nas áreas para as quais transmitiam (carriage rule); b) as CATVs

IJSOC © 2021
http://ijsoc.goacademica.com

não poderiam duplicar a programação dessas televisões locais no período dos 15 dias anteriores e posteriores à transmissão local (nonduplication rule). Em seguida a audiências realizadas em 1965 e após sustentar que o Communications Act de 1934 lhe conferia autoridade regulatória sobre todas as formas de CATV, fossem por microondas ou por cabos, a FCC proibiu que as CATVs levassem sinais de estações distantes para os 100 maiores mercados de televisão aberta. Exceções haveria para os casos de serviços já em operação antes de 15/2/1966 ou quando a FCC considerasse que a transmissão seria consistente com o interesse público, particularmente com o estabelecimento e a manutenção do serviço de televisão aberta na área a ser servida por uma CATV. Na ocasião, a FCC criou procedimentos sumários para a aplicação dessas regras.

B. MÉTHODE

Pouco depois de editada a regra de restrição de sinais de longa distância via CATV para os grandes mercados de televisão, a Midwest Television representou à FCC contra a transmissão da Southwestern Cable Co. de sinais de Los Angeles para San Diego. Como San Diego, à época, era o 54º mercado de televisão nos Estados Unidos, a FCC, entendendo que não haveria como reconhecer interesse público a justificar a questionada importação de sinais, restringiu a possibilidade de transmissão de CATV pela Southwestern Cable Co. às áreas onde ela já operasse esse serviço até 15/2/1966, o que excluiria a área de San Diego. Levado o caso à Corte de Apelações do 9º Circuito, esta sustentou que, à luz do Communications Act de 1934, faltava à FCC autoridade para implementar tal restrição. O ponto a ser destacado, para as finalidades deste trabalho, reside nas análises e respostas da Suprema Corte a questionamento sobre se, sob o Communications Act de 1934, a FCC detinha competência para regular os serviços de CATV. Assim, argumentando-se que as características das CATVs, como reconhecido pela própria FCC, em 1959, não se enquadravam perfeitamente nas categorias de common carriers ou de broadcasters, então expressamente mencionadas no Communications Act de 1934 como aquelas sujeitas à regulação da FCC, elas não seriam alcançadas por este estatuto e, portanto, não poderiam ser reguladas pela FCC. A Suprema Corte, porém, lembrou que a competência da FCC para regular os serviços de radiodifusão e outras formas de telecomunicações derivava do Communications Act de 1934, que, conforme disposição explícita, deveria ser aplicado a todas as telecomunicações interestaduais e internacionais. Anotou também que as responsabilidades que o diploma atribuiu à FCC não seriam mais estreitas do que o campo de aplicação de suas regras, uma vez que à Comissão caberia trabalhar para tornar acessível a todo o povo dos Estados Unidos telecomunicações velozes, eficientes e de escala nacional e mundial.

Destacou, então, a Suprema Corte que nada no texto ou na história da elaboração do Communications Act de 1934 limitava a competência da FCC àquelas atividades e modalidades de telecomunicação nele especificamente descritas e, ademais, os sistemas CATV estariam abarcados nas amplas definições de telecomunicações por fio ou por radiodifusão nele estabelecidas. Para a Suprema Corte, conforme manifestações na mensagem do Presidente Roosevelt que encaminhou a proposta de legislação e nos relatórios das comissões que a analisaram no Congresso, pela edição do Communications Act de 1934, buscou-se conferir à FCC uma autoridade unificada e abrangente sobre todas as formas de telecomunicações, de maneira

IJSOC © 2021
http://ijsoc.goacademica.com

a manter sobre apropriado controle administrativo os dinâmicos aspectos das telecomunicações. Assim, embora, à época, não se pudesse antever o rápido crescimento dos sistemas de CATV, o Communications Act de 1934 conferiu aos processos regulatórios flexibilidade suficiente para que se ajustassem às rápidas evoluções do setor. Também entendeu a Suprema Corte que, para o cumprimento de responsabilidades da Comissão tocantes à equitativa distribuição dos serviços de radiodifusão, nos termos do Communications Act de 1934 , e ao seu papel no desenvolvimento e na preservação de sistemas locais de radiodifusão, seria imperativo reconhecer a autoridade regulatória da FCC sobre as CATVs, visto que a importação de sinais de televisões distantes poderia desestimular a atividade de radiodifusão local. A Suprema Corte concluiu que a autoridade da FCC sobre todas as telecomunicações interestaduais por fio ou rádio, conferida nos termos do Communications Act de 1934, permitia que ela regulasse os sistemas de CATV, mas enfatizou que essa autoridade deveria restringir-se ao que fosse razoavelmente ancilar ao efetivo atendimento das responsabilidades da Comissão para regular a radiodifusão. Esse caso também versou sobre a competência da FCC para regular serviços de Televisão por Antena Comunitária (Community Antenna Television - CATV) e seguiu a orientação do já mencionado caso precedente, United States v. Southwestern Cable Co., de 1968, quando a Suprema Corte reconheceu uma competência regulatória da FFC sobre tais serviços, desde que restrita ao razoavelmente ancilar ao cumprimento de seus deveres legais.

Na ocasião deste julgado, foi mencionado o contínuo crescimento do número de sistemas de CATV, que já somavam 2.678 em operação, 1.916 licenciados embora inoperantes e 2.804 pedidos de licenciamento. Foi também destacado que a evolução dos sistemas a cabo, já contando com capacidade de múltiplos canais, permitiria a oferta de novos e variados serviços, tais como fax, correio eletrônico e transmissão de dados (facsimile reproductions of documents, eletronic mail delivery, and information retrieval). Anotou-se, então, que, por essas razões, a FCC, ainda no ano de 1972, mas posteriormente à edição da norma avaliada nesse caso, passara a adotar o termo cable television em lugar de CATV. Desta feita, a norma em questão, além de reforçar exigência para que as CATVs operassem na transmissão de distribuição de conteúdos locais, visou impelir essas CATVs a atuarem também como produtoras de novos programas, na medida em que se passou a exigir que elas estivessem equipadas para a criação de novos programas (program-origination rule). Logo após o julgamento do caso United States v. Southwestern Cable Co., de 1968, a FCC iniciou procedimentos para explorar alternativas de como as CATVs poderiam melhor atender ao público, especialmente quanto a atuarem como veículos para a autoexpressão de comunidades, mediante a produção de programas locais. Ao final do processo, a Comissão, em 24/10/1969, editou uma regra, aplicável às CATVs com 3.500 ou mais assinantes, que as obrigava a operar como distribuidoras de conteúdos locais e a possuírem equipamentos para a produção de programas locais, sob pena de não poderem transmitir os sinais das televisões abertas. Para a FCC, essa regra estaria afinada com o propósito primordial de sua criação de, conforme ditames do Communications Act de 1934, tornar acessível a todo o povo americano os serviços de comunicação por rádio ou cabo, além de cumprir outros objetivos também previstos no referido estatuto, de incentivar o uso mais efetivo do rádio no interesse público e promover a distribuição equitativa dos serviços de televisão entre os vários estados e comunidades. Mediante provocação da Midwest Video Corp., a Corte de Apelações para o Oitavo Circuito anulou a regra, por entender que faltava à FCC a competência para impô-la, visto que as disposições estariam

IJSOC © 2021
http://ijsoc.goacademica.com

muito além do limite dado pelo critério do que seria razoavelmente ancilar às responsabilidades e objetivos de criação da Comissão. Como já anotado, à medida em que se ampliavam os potenciais usos para os serviços das então conhecidas CATVs, a FCC passou a adotar o termo televisão a cabo (cable television), mais abrangente, para fazer referência a essa atividade que já se apresentava como uma nova indústria de telecomunicações. Em maio de 1976, a FCC editou regra impondo aos sistemas de televisão a cabo com mais de 3.500 assinantes e que transmitiam sinais das televisões abertas a portarem capacidade para, no mínimo, 20 canais e dedicarem de um a quatro desses canais para acesso por terceiros, em especial, por entes de caráter público, instituições educacionais, governos locais ou locadores de acesso (public, educational, local governmental and leased-access users), além de deterem todo o equipamento necessário para esse propósito. Sob essas regras, as televisões a cabo não teriam escolha sobre quem iria usar os canais de acesso dedicados ao público (access channels) nem controle sobre o que por eles seria transmitido. Também foram regulados os valores que poderiam ser cobrados pelos usos desses canais de acesso e de instalações e equipamentos dos operadores de televisão a cabo. A FCC entendeu que essas regras imporiam ônus menor do que a regra de geração de programação própria para realizar propósitos legais para os quais foi criada a Comissão, dentre eles os consagrados no caso United States v. Midwest Video Corp., de 1972, de aumentar o número de veículos para a auto-expressão das comunidades locais bem como de programas e tipos de serviços para a escolha do público.

Para a Comissão, a oferta dos canais de acesso representaria um bem social e as regras nesse sentido orientavam-se por objetivos que ela deveria perseguir na atividade de regulação da radiodifusão, similarmente àquelas que foram assim reconhecidas pela Suprema Corte nos anteriores casos United States v. Southwestern Cable Co., de 1968, e United States v. Midwest Video Corp, de 1972. A Midwest Video Corp. insurgiu-se alegando que as exigências de canais de acesso dedicados a usuários especificados pela FCC e sem que as operadoras das televisões a cabo pudessem selecionar esses usuários ou controlar a programação por eles veiculada implicavam considerável grau de subtração da autonomia editorial e a imposição de obrigações tipicamente oponíveis aos detentores de infraestrutura essencial (common carriers), o que seria contrário à expressa exclusão dos radiodifusores da definição de detentores de infraestrutura essencial (common carriers) dada pelo Communications Act de 193415. Por essas razões, a empresa alegou que as questionadas regras de acesso configuravam uma ingerência nas operações das televisões a cabo qualitativamente diferente daquelas regras reconhecidas como válidas nos casos United States v. Southwestern Cable Co., de 1968, e United States v. Midwest Video Corp., de 1972. Para a Comissão, como as regras relacionavam-se ao alcance, em termos razoáveis, dos objetivos para os quais fora fixada a sua autoridade, elas não poderiam ser consideradas como exorbitantes de sua competência apenas por serem identificadas com natureza própria da regras afetas à regulação de common carriers. Para a FCC, o argumento decisivo era de que as adotadas regras promoviam seus objetivos legais. Quanto aos valores da Primeira Emenda à Constituição norte-americana (First Amendment to the United States Constitution)16, para a FCC, no tocante à regulação da radiodifusão e atividades correlatas, eles estariam homenageados pelas medidas que favoreciam a circulação de ideias. A Corte de Apelações para o Oitavo Circuito invalidou as regras de acesso, capacidade e instalações em comento, entendendo que elas traziam uma afronta a expresso comando legal, vedando a

IJSOC © 2021
http://ijsoc.goacademica.com

extensão à atividade correlata à dos radiodifusores como, no caso, das televisões a cabo, de tratamento próprio de common carriers. Isto posto, a Corte concluiu que as regras discutidas no caso United States v. Midwest Video Corp. de 1979, não seriam razoavelmente ancilares à competência da FCC para regular a atividade de radiodifusão. Para a Corte de Apelações, tais regras também significavam graves ofensas à First Amendment.

Nesse caso, a decisão da maioria17 da Suprema Corte foi por reafimar a decisão da Corte de Apelações, destacando que a chamada autoridade ancilar não seria ilimitada e não poderiam desconsiderar disposições do Communications Act de 1934 que protegiam a liberdade editorial de radiodifusores e, por extensão, também de operadores de televisão a cabo. A Suprema Corte acolheu o argumento da Midwest Video Corp. de que as regras de acesso aos canais a cabo extrapolavam o campo da competência da FCC reconhecido nos anteriores julgados sobre a atividade das CATVs. Para a Suprema Corte, diferentemente daquelas outras normas, as regras de acesso traziam uma elisão do controle das operadoras de televisão a cabo sobre o conteúdo da programação que deveriam transmitir, relegando-as, nessas situações, ao status de common carriers. Ressaltou a Suprema Corte que, no Communications Act de 1934, havia texto estipulando, de modo inequívoco, que radiodifusores não deveriam ser tratados como common carriers, o que seria consistente com os propósitos do mesmo estatuto, como reconhecido em caso anterior, Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Commitee18, de preservar para o radiodifusor licenciado o controle editorial da programação sem interferências da FCC. Conforme decisão da Suprema Corte, tal proteção da liberdade jornalística não seria aplicável somente aos radifusores e não teria sua força diminuída pela inovação tecnológica trazida pelas televisões a cabo, às quais, assim como as televisões abertas, deveriam ter preservada a discricionariedade quanto à programação que veiculariam. Chamada digital television e identificada pela sigla DTV, a televisão digital representou uma significativa evolução tecnológica ao permitir a transmissão de mais informações por um canal do espectro eletromagnético do que seria possível pela televisão analógica. Desse modo, viabilizou-se a transmissão de sinais de vídeo de altíssima qualidade, conhecidos como televisão de alta definição (high definition television) ou de múltiplos e simultâneos conteúdos de vídeo, voz e dados na mesma faixa de frequência tradionalmente usada para uma única transmissão pela televisão analógica. Segundo normas da FCC e do Congresso a transmissão analógica deveria ser completamente encerrada até o final de 2006. Com o intuito de prevenir a cópia e redistribuição não autorizada da programação veiculada pela televisão digital, a FCC, em novembro de 2003, editou norma obrigando a que todos os aparelhos receptores de sinais das televisões digitais, fabricados a partir de julho de 2005, reconhecessem um código imiscuído na transmissão e que impediria a redistribuição do conteúdo. O código foi designado broadcast flag, pelo que as referidas normas terem sido nomeadas broadcast flag regulations ou broadcast flag rules ou Flag Order. O código broadcast flag foi concebido para somente afetar os receptores após completada toda a transmissão.

IJSOC © 2021
http://ijsoc.goacademica.com

C. RÉSULTAT ET DISCUSSION

Entendendo que a tecnologia da televisão digital trazia um risco de massiva redistribuição não autorizada dos sinais das radiodifusoras e assim desestimulá-las na produção de conteúdos de alto valor, a FCC editou a Flag Order com o argumento de ela seria necessária para preservar a viabilidade econômica das televisões abertas (over-the-air television) e não prejudicaria a fruição pelo consumidor dos serviços dessas empresas. Quando das justificativas para a adoção das broadcast flag regulations, a FCC não se reportou a nenhum dispositivo expresso e fundamentou sua competência para editar as broadcast flag rules apenas na sua competência ancilar decorrente do Title I do Communications Act de 1934. A Comissão, por maioria21, entendeu que as normas seriam razoavelmente ancilares à sua competência de garantir a diversidade de conteúdo na programação de televisão e de promover a transição da transmissão analógica para a digital. Em juízo, a Comissão lembrou que possuía autoridade para promulgar regras que dessem efetividade a seus objetivos legais, ainda que na ausência de dispositivo expresso sobre a específica matéria regulada. Nessa linha, a FCC sustentou sua defesa apenas nos dispositivos do Title I do Communications Act de 1934 que lhe conferiam autoridade sobre todas a comunicações por rádio ou fio e que incluíam na definição de comunicação por rádio não apenas a transmissão dos sinais, como também todos os instrumentos, equipamentos e aparatos relacionados com todo o ciclo da emissão e da captação dos sinais, aí incluídos os receptores de televisão digital. A American Library Association alegou que as broadcast flag rules não tratavam de radiodifusão interestadual conforme definição no Title I do Communications Act de 1934 uma vez que o próprio código (the flag) não era requerido para a transmissão, não tendo sido modificado o modo como se daria a recepção e não surtiria efeitos até que fosse encerrada toda a transferência dos sinais digitais. A decisão da FCC foi contestada com argumentos no sentido de que: 1) faltaria competência da FCC para impor que aparatos de recepção fossem fabricados com dispositivo para o reconhecimento da broadcast flag; 2) as normas chocar-se-iam com regras do direito de propriedade intelectual; e 3) a medida teria sido arbitrária. Alegou-se também que a autoridade ancilar não seria ilimitada e que a FCC não poderia regular uma atividade que não caracterizaria comunicação interestadual por rádio ou por cabo e, além disso, que as questionadas regras não tratavam da transmissão de sinais digitais e sim do uso do conteúdo transmitido após completada a sua recepção. Portanto, com esses argumentos, sustentou-se que a FCC teria extrapolado os limites de suas competências expressas ou ancilares. Lembrando o axioma de que agencias reguladoras (administrative agencies) somente podem regular matérias inseridas nas competências a elas delegadas pelo Congresso, a Corte de Apelações referiu-se a outras decisões da Suprema Corte que ratificaram o entendimento de que as agências somente podem agir com base em competências expressas sobre, ou no exercício razoável de autoridade ancilar aos seus objetivos legais. No entanto, a Corte de Apelações ressaltou que, conforme as decisões da Suprema Corte descritas neste trabalho, o lídimo exercício da autoridade ancilar exigia do ato normativo nela fundamentado o atendimento a duas condições a matéria regulada deveria enquadrar-se nas competências e objetivos gerais estabelecidos no Title I do Communications Act de 1934; e o conteúdo das normas deveria ser razoavelmente ancilar à efetiva performance das expressas responsabilidades legais da FCC. Para a Corte de Apelações, as competências e objetivos gerais da FCC definidos no Title I do Communications Act de 1934 alcançariam a regulação de aparelhos de recepção de sinais de televisão, mas somente no tocante à função

IJSOC © 2021
http://ijsoc.goacademica.com

desses aparelhos no processo de recepção em si. Destacando que, na definição de comunicação por rádio, aquele estatuto se refereria apenas a instrumentos, equipamentos e aparatos incidentais à transmissão, a Corte de Apelações afirmou que a FCC não poderia dispor sobre o funcionamento desses aparatos após completada a transmissão. Ela afirmou ainda que a medida adotada pela FCC teria ultrapassado o escopo da autoridade que lhe fora delegada pelo Congresso e, portanto, não teria atendido à primeira condição para o exercício da autoridade ancilar, uma vez que a Flag Order não versava propriamente sobre serviços de comunicação por rádio ou cabo.

Apontou a Corte de Apelações que seu entendimento encontrava respaldo também no conteúdo e na tramitação de outros estatutos sobre telecomunicações, o Channel Receiver Act de 1962 e o Communications Amendments Act de 1982, pelos quais ficou claro que o Congresso nunca conferiu à FCC o poder de regular o uso pelo consumidor dos aparelhos de recepção de televisão após terminada a transmissão dos sinais pelos radiodifusores. Por fim, concordando com argumentos da American Library Association de que a FCC teria extrapolado os limites de suas competências, a Corte de Apelações anulou as broadcast flag rules. Nesse caso tratou-se de decidir sobre ter ou não a FCC autoridade sobre práticas de gerenciamento de rede por parte de provedores de internet via cabo. Mais especificamente, cuidou-se da competência da Comissão para disciplinar a interferência do provedor sobre o uso da rede pelos consumidores no tráfego de informações peer-to-peer24 e que ocupa grandes quantidades da banda. Em 2005, a FCC publicou suas políticas e princípios sobre a internet em documento conhecido como FCC's Internet Policy Statement, no qual afirmava o direito dos consumidores para a escolha do conteúdo acessado, bem como para rodar aplicações e usufruir de serviços disponíveis na rede (consumers are entitled to access the lawful Internet content of their choice). Em 2007, descobriu-se que a Comcast interferia no uso que seus assinantes faziam do serviço de internet de alta velocidade para aplicações destinadas à troca de informações peer-to-peer. Associações de defesa de interesses coletivos apresentaram à FCC reclamação formal contra a prática da Comcast. Em resposta, a empresa argumentou que sua interferência no uso de programas peer-to-peer era necessária ao manejo da limitada capacidade da rede. Ao final do processo administrativo, em 2008, a FCC manifestou-se por meio de declaração de que a Comcast violara a sua Internet Policy Statement, pois: 1) havia impedido, de maneira significativa, a possibilidade dos consumidores acessarem conteúdos e usarem aplicações de sua escolha; e 2) tinha à sua disposição várias outras opções para gerenciar o tráfego na rede de maneira a não discriminar comunicações peer-to-peer. Além dessa declaração, a FCC, diante de compromisso da Comcast de adotar novos modos para o gerenciamento da demanda por banda larga, determinou que a empresa lhe apresentasse em detalhes as medidas que adotaria nesse sentido. A Comissão também aventou a possibilidade de punição caso a Comcast não cumprisse seu compromisso ou não atendesse às determinações de prestar informações. A Comcast contestou essa ordem da FCC na Corte de Apelações para o Distrito de Colúmbia alegando, entre outras razões, que a Comissão não teria logrado demonstrar sua competência para reger práticas de gerenciamento de rede. Os argumentos acerca da competência da FCC, dentre os levados a juízo, foram considerados pela Corte de Apelações como os decisivos para o deslinde da causa e neles também reside o interesse para este trabalho. Por fim, a FCC alegou que poderia agir para dar efetividade a quaisquer dispositivos do Communications Act de 1934 que declaram a vontade do legislador (legislative will) e que a

IJSOC © 2021
http://ijsoc.goacademica.com

Suprema Corte teria reconhecido responsabilidade e, em consequência, sua competência ancilar para implementar as várias metas, objetivos e políticas visadas pelo Congresso e expressas no Communications Act de 1934. A Comcast, em preliminar, qualificou como obter dictum, não integrante do julgamento do mérito da causa, a destacada manifestação da Suprema Corte no caso Brand X. Sustentou, que, na ocasião, decidiu-se apenas sobre a licitude do enquadramento dado pela FCC aos provedores de acesso à internet via cabo como serviços de informação, sem afirmar-se que sua autoridade ancilar confere legitimidade a qualquer regra que editar nesse campo. A Comcast admitiu que, como seus serviços de internet poderiam ser considerados comunicação por fio e, portanto, enquadrados nas disposições gerais do Communications Act de 1934, estaria atendida a primeira condição para o exercício da autoridade ancilar da FFC. No entanto, alegou que a Comissão não havia demonstrado que a ordem questionada atendia o segundo requisito. Para a Comcast os dispositivos mencionados pela FCC para justificar os seus atos seriam declarações de políticas (statements of policy) e, além de não serem normas de concreta eficácia (operative provisions), não aumentariam nem confeririam poderes à agência, assim não constituindo expressas responsabilidades legais (statutorily mandated responsibilities). Em sua contestação a FCC ainda acrescentou outros dispositivos que, a seu ver, não seriam declarações políticas e sim textos de expressa delegação de autoridade, e complementariam a fundamentação da sua competência para regular as práticas de gerenciamento de rede por parte dos provedores de acesso a internet por cabo.

O primeiro desses dispositivos, presente no Telecommunications Act de 1996, estabelece que a Comissão deve incentivar o desenvolvimento, em bases razoáveis e tempestivas, de avançados meios de telecomunicações para todos os americanos, utilizando para isso regulação por preço-teto, ou suspendendo a exigibilidade de certas regras ou outros métodos de regulação que removam barreiras para o investimento em infraestrutura. A Comissão também argumentou haver subsidiariedade entre a regulação das práticas de gerenciamento de rede e a previsão no Title II do Communications Act de 1934 de que os preços cobrados por common carriers devem ser justos e razoáveis. Acrescentou a Comissão que as práticas da Comcast interrompiam alguns serviços de voz pela internet (voice over Internet Protocol – VoIP) e isso prejudicava o efeito desses serviços sobre os preços da telefonia tradicional, sujeita aos termos do. Alegou também a FCC que a transmissão de vídeos pela internet afeta a indústria de radiodifusão, com influências sobre geração de programação local, diversidade de opiniões e a atratividade para levar os sinais a determinados mercados. Nesse contexto, a sua ordem à Comcast seria ancilar à sua autoridade para regular os serviços de radiodifusão prevista. Por fim, a FCC alegou que a ordem à Comcast estaria relacionada com a sua competência de zelar por preços razoáveis dos serviços das televisões a cabo, pois, na ausência de obstáculos a acessos a vídeos pela internet, o consumidor encontraria uma alternativa ao serviço de vídeo sob demanda oferecido pela televisão a cabo, o que pressionaria para baixo os preços destas.

D. CONCLUSÃO

Em suma, a comparação dos institutos da autoridade ancilar e dos poderes implícitos esboça o desenvolvimento de teoria que poderá viabilizar o reconhecimento de competências

IJSOC © 2021
http://ijsoc.goacademica.com

administrativas das agências reguladoras brasileiras que, embora não estejam dispostas expressamente, emergem como uma imperiosidade para o cumprimento de responsabilidades diretamente dadas por lei, segundo contornos definidos na mesma legislação de regência. Trata-se, portanto, da devida tradução de institutos jurídicos para enriquecimento argumentativo da tradição administrativa de vínculo funcional de competências para o fim de devida explicação interpretativa dos limites de poderes não expressamente enunciados nos documentos legais autorizadores de atuação regulatória em geral, e do setor de telecomunicações em especial.

REFERÊNCIAS

1. American Library Association v. FCC 403 F. 3d 689 (2005). Comcast Corporation v. Federal Communications Commission 600 F. 3d 642 (2010).
2. Federal Communications Commission v. Midwest Video Corp. 440 U.S. 589 (1979).
3. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Mandado de Segurança nº 26.547, j. 6/6/2007, Dje de 25/09/2009.
4. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Recurso Extraordinário nº 603.583, j. 26/10/2011, Dje de 25/05/2012.
5. United States v. Southwestern Cable Co. 392 U.S. 157 (1968).
6. United States v. Midwest Video Corp. 406 U.S. 649 (1972).

IJSOC © 2021
http://ijsoc.goacademica.com