

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

Guilherme Guimarães de Freitas

**O poder administrativo sancionador da ANATEL à luz do princípio da
legalidade**

Porto Alegre

2011

GUILHERME GUIMARÃES DE FREITAS

**O poder administrativo sancionador da ANATEL à luz do princípio da
legalidade**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues.

Porto Alegre

2011

GUILHERME GUIMARÃES DE FREITAS

O poder administrativo sancionador da ANATEL à luz do princípio da legalidade

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na área Direito Público.

Banca examinadora:

Orientador: Professor Doutor Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues

Professor Doutor Fábio Medina Osório

Professor Doutor Cesar Viterbo Matos Santolim

Professor Doutor Rafael Da Cás Maffini

Porto Alegre, 25 de agosto de 2011.

*Dedico este trabalho em memória à minha mãe,
Tatiana.*

AGRADECIMENTOS

Faço especial agradecimento à minha avó, Iara, pelo constante suporte, compreensão e amor incondicional, bem como aos meus irmãos, Fernando e Rafael, companheiros de todas as horas e aos tios Eduardo e Daniel exemplos sempre presentes, mesmo quando longe.

Agradeço distintamente ao Professor Fábio Medina Osório, pelo estímulo, confiança e apoio permanentes em todas as etapas do programa, ao Professor Almiro do Couto e Silva, pela sempre aberta receptividade, bem como ao Professor Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues pela orientação precisa na condução final do trabalho.

Presto ainda minhas homenagens aos funcionários do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS pelo tratamento humano e ambiente amigável de sempre, em especial nas pessoas de Denise e Rose.

Aos colegas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e ao Desembargador Eduardo João Lima Costa pela particular compreensão na etapa final.

E, finalmente, mas não menos importante, aos meus amigos, Marcelo, Daniel, Lívia, Roger, Matheus e tantos outros, família que escolhi, por tudo o que representam e pelo auxílio imprescindível para superação das horas difíceis.

RESUMO

Neste estudo aborda-se o poder administrativo sancionador da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações – sob o prisma do princípio da legalidade ou reserva legal como principal limitação axiológico-normativa de seu exercício. Na presente dissertação de mestrado se desenvolve o tema a partir da análise da origem das Agências Reguladoras, seu conceito e natureza jurídica, bem como de um panorama acerca dos Fundamentos básicos de Direito Administrativo Sancionador, em especial com a diferenciação entre poder de polícia e poder administrativo sancionador. Apresenta-se o princípio da legalidade como fundamental parâmetro a ser observado pela ANATEL no desempenho de sua atividade administrativo sancionadora, bem como se realiza investigação acerca do instituto da deslegalização (justificativa ao poder normativo da Agência), a fim de afastá-lo como eventual fonte legitimadora da criação de normas que prevejam infrações e sanções pela Agência desde autorização legislativa genérica. Busca-se justificar o poder administrativo sancionador pela análise das eventuais fontes legislativas existentes que pudessem lhe servir de embasamento, chegando à conclusão pela inexistência de marco legal específico para tanto, embora possível aplicação de sanções por via reflexa via Código de Defesa do Consumidor, Lei de Concessões de Serviços Públicos e Lei de Licitações. Finalmente, traça-se as possíveis consequências entre o aparente conflito de direitos e garantias fundamentais das empresas prestadoras de serviços públicos de telecomunicações e de seus usuários.

Palavras-chave: ANATEL – poder administrativo sancionador – princípio da legalidade – deslegalização – poder normativo – limitação.

ABSTRACT

This study broaches the administrative sanctioning power of ANATEL - National Telecommunications Agency - through the prism of the principle of legality or legal reserve as the main limitation of axiological-normative of this exercise. This dissertation develops the theme from the analysis of the origin of regulatory agencies, its concept and nature as well as an overview on the basics of Administrative Sanctions Law, in particular the distinction between police power and administrative sanctioning power. Present the principle of legality as a fundamental parameter to be observed by ANATEL in the exercise of its administrative sanctions activity, as well as conducts research on the Institute of delegalization (justification of the normative power of the Agency) in order to remove it as a possible legitimating source of the creation of standards to provide penalties for violations by the Agency since a general legislative authorization. Seeks to justify the administrative sanctioning power by examining the legislative sources existent that could serve as a base for that, concluding that there is no specific legal framework for that, though possible the application of sanctions by reflex by the Consumer Protection Code, the Concessions of Public Services Law and the Procurement Law. Finally, draw the possible consequences of the apparent conflict between fundamental rights and guarantees of the companies providing public telecommunications services and their users.

Keywords: ANATEL - administrative sanctioning power - principle of legality - delegalization - legislative power - limitation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 AGÊNCIAS REGULADORAS, ANATEL E FUNDAMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	13
1.1 Origem.....	14
1.2 Conceito	28
1.3 Natureza Jurídica	35
1.4 Direito Administrativo Sancionador: compreensão geral do tema	41
1.5 Poder disciplinar	49
1.6 Distinção entre poder de polícia e poder sancionador.....	51
2 O PODER ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DA ANATEL	67
2.1 Limitação axiológico-normativa: legalidade	67
2.2 O alcance da deslegalização no âmbito da ANATEL e seu poder normativo.....	77
2.3 Possíveis fontes ao poder administrativo sancionador da ANATEL	87
2.4 O aparente conflito entre direitos e garantias fundamentais dos prestadores de serviços de telecomunicações e os usuários: possíveis consequências.....	101
CONCLUSÃO	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113

INTRODUÇÃO

O tema das agências reguladoras tem aparecido cada vez mais como objeto de estudos jurídicos no país, notadamente quanto a suas características, natureza jurídica e, principalmente, seu poder normativo.

Trata-se, na realidade, de instituto que se alastrou no cenário jurídico-administrativo brasileiro a partir de meados da década de 1990, após a explosão do movimento de desestatização ocorrido com maior força durante o governo de Fernando Henrique Cardoso.

Surge, então, com a edição das Emendas Constitucionais n. 08, de 15 de agosto de 1995 e n. 09, de 09 de novembro de 1995, previsão constitucional para a criação das primeiras agências reguladoras brasileiras, no caso, a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e a ANP (Agência Nacional do Petróleo).

Criada a ANATEL, pela Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, a Agência iniciou suas atividades em 05 de novembro de 1997, com a função primordial de regulação do importante setor de telecomunicações, que inclui ampla gama de serviços, como os de radiotransmissão, sinais de televisão, telefonia fixa e móvel, *internet* etc., em sua maioria serviços públicos, embora haja previsão legal de regulação de serviços privados de telecomunicações pela ANATEL.

Dentre as muitas funções da Agência Nacional de Telecomunicações, encontra-se a fiscalização e disciplinamento da área regulada, com a criação de regras técnicas e específicas, bem como exercício de poder de polícia na identificação e prevenção de eventuais ilícitos administrativos que venham a ser cometidos pelas diversas empresas reguladas.

Nesse contexto ressalta a importância do estudo acerca do poder administrativo sancionador da ANATEL, que não deve ser confundido com seu poder de polícia, uma vez que a atividade sancionadora é decorrência lógica da regulação eficiente e completa que se espera ser levada a efeito pela Agência.

Apresenta-se, então, imperativo verificar as limitações existentes ao exercício deste poder administrativo sancionador por parte da ANATEL, assim como suas possíveis fontes de legitimação, por estrita obediência ao já conhecido princípio da legalidade, ou reserva legal, no âmbito do Direito Administrativo.

Igualmente, pretende-se traçar algumas conseqüências resultantes dos limites ao poder administrativo sancionador da ANATEL, notadamente no campo de eventuais conflitos entre direitos e garantias fundamentais dos prestadores de serviços de telecomunicações e seus usuários.

De se destacar que o presente estudo teve como origem de interesse a problemática surgida no final do ano de 2007, com a edição da Consulta Pública n. 847 da ANATEL, que previa a criação de infrações e sanções em seu campo de atuação.

Por força da Consulta Pública referida, deu-se grande mobilização do setor de telecomunicações em torno do tema, com a participação de diversos agentes do campo envolvido, o que levou a FEBRATEL (Federação Brasileira de Telecomunicações) a encomendar parecer jurídico do doutrinador e professor Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

Dito parecer foi publicado nas contribuições realizadas pelas diversas entidades que participaram da Consulta Pública e seu resultado e conclusões levaram a ANATEL a suspender a aprovação da resolução que viria a criar infrações e sanções ao setor.

A repercussão foi tamanha que ocorreu, inclusive, a edição de importante seminário¹, ainda no início de 2008, sobre o tema, envolvendo autoridades sobre o assunto e também a própria ANATEL.

A partir dessa problemática é que se pretendeu desenvolver o estudo ora apresentado.

Destarte, com esse escopo, apresenta-se o presente estudo dividido em duas partes essenciais.

¹ Infrações e sanções nos serviços públicos regulados. Evento promovido pelo IIEDE (Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado) e que se realizou entre 13 e 14 de maio de 2008, no Espaço Cultural Brasil Telecom do Hotel Blue Tree Park em Brasília, Distrito Federal.

Na primeira traçar-se-á um apanhado histórico das agências reguladoras no mundo e no Brasil, desde seu surgimento até o estágio atual, para então abordar o seu conceito e natureza jurídica, dando-se especial atenção à ANATEL.

Após, ainda na primeira parte, vai se realizar um breve estudo da disciplina do Direito Administrativo Sancionador, com seu nascimento e evolução histórica, bem como de seus principais caracteres e distinção do poder sancionador com o poder administrativo disciplinar.

Ainda, será abordada a essencial diferença entre poder de polícia e poder administrativo sancionador, a linha tênue que separa ambos os institutos e algumas implicações práticas no campo de atuação da ANATEL.

Por fim, na segunda e última parte, vai se adentrar no estudo da primordial limitação axiológico-normativa: o princípio da legalidade ou reserva legal, onde se abordará o instituto e respectivos reflexos ao poder administrativo sancionador da ANATEL, para em sequência se tratar a respeito do delicado tema da deslegalização e sua relevância como consequência ao poder normativo da Agência.

Serão ainda objeto de investigação as possíveis fontes legitimadoras ao poder administrativo sancionador da ANATEL, para, após, encerrar-se com a proposição de eventuais consequências dos limites ao poder administrativo sancionador da Agência Nacional de Telecomunicações, mormente quando realizado o confronto entre direitos e garantias fundamentais das empresas reguladas e dos consumidores, usuários de seus serviços.

1 AGÊNCIAS REGULADORAS, ANATEL E FUNDAMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Destaca-se, num primeiro momento, a importância de se realizar um estudo acerca das agências reguladoras, de forma genérica, a fim de entender suas origens históricas, razões de existência e o papel que desenvolvem no atual modelo estatal² adotado por grande parte dos países ocidentais, inclusive o Brasil.

É com esse objetivo que se passa a expor o tema referente às agências, ainda de maneira ampla, para, logo em seguida, tecer comentários acerca dos fundamentos do poder administrativo sancionador, em especial a distinção entre poder de polícia e poder sancionador, porquanto cada vez mais ganha força no direito administrativo moderno brasileiro o chamado “Direito Administrativo Sancionador”.

É certo que a matéria ainda gera discussões doutrinárias e nem todos a aceitam pacificamente, mormente quanto a sua delimitação e a identificação do alcance da sanção administrativa, sendo tema ainda incipiente³.

Evidentemente, não se tratará aqui de realizar aprofundado estudo do Direito Administrativo Sancionador, mas de entender seus fundamentos primordiais e, em especial, a distinção entre o poder de polícia e o poder

² Análise profunda da alteração estatal ocorrida no mundo, que levou ao atual Estado regulador é feita por MOREIRA NETO, em seu “Mutações do Direito Público”, de onde extraí-se que: “Finda a II Guerra Mundial, com o esgotamento daqueles modelos de Estado, do Bem-Estar Social e Socialistas, deflagrou-se um processo inverso, de desmonte dos pesados Estados interventivos e de devolução de atividades estatizadas à sociedade, com a adoção de *políticas públicas* de *desestatização* e de *privatização*. [...] Esse processo evidenciava claramente uma evolução da administração pública em direção a um *novo modelo regulatório, politicamente neutro, de solução de conflitos setoriais interprivados*, que, absorvendo técnicas e métodos próprios dos ramos público e privado do Direito, devido àquela especial característica híbrida, se mostrava providencialmente adequado àquela nova configuração política que vinham assumindo os *Estados democráticos de direito* que à época surgiam e se estruturavam (com modelos originais na Constituição italiana de pós-Guerra e na Lei Básica de Bonn); uma solução *in fieri*, capaz de superar as amargas experiências estatizantes e centralizadoras de um traumático passado ainda recente”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 387-388 e 390).

³ Vejam-se as anotações de MOREIRA NETO à obra de MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; especialmente nas p. 15 a 16, onde traça um breve histórico acerca do desenvolvimento do tema no país.

sancionador, tema cuja relevância ao presente estudo mostra-se elementar a fim de que se compreenda e balize os limites do poder administrativo sancionador da ANATEL, especialmente quanto à criação e imposição de sanções administrativas.

Com esta breve análise é que se pretende, ao final⁴, melhor compreender o poder administrativo sancionador da agência reguladora de telecomunicações brasileira⁵, notadamente suas limitações sob a óptica do atual Estado Democrático de Direito e do Direito Administrativo Sancionador.

1.1 Origem

Consta que já na Inglaterra medieval teria surgido o embrião daquilo que se entende hoje por regulação⁶, na figura das guildas inglesas⁷ em face da obrigação imposta pelas autoridades aos *commom calling* – espécie de

⁴ Ver capítulo 1.6.

⁵ Isso porque, inegável a existência do Direito Administrativo Sancionador no campo da regulação de serviços públicos, como no caso das telecomunicações. Observação já apontada por MEDINA OSÓRIO em 2005: “Não se pode olvidar da presença do Direito Administrativo Sancionador na tutela dos serviços públicos prestados por particulares ou distintas entidades, mas é certo que, em determinados domínios especializados, o Estado detém poderes e competências de controle que se encaixam nas estruturas normativas do Direito Administrativo. Falo da atuação fiscalizatória e reguladora do Estado nos mercados financeiros e de capitais, na ordem econômica, nos setores fiscais e tributários, na área fazendária, na regulação de mercados privados, em prol da proteção de direitos fundamentais subjacentes ao bom funcionamento das instituições reguladas”. (MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito administrativo sancionador**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35).

⁶ Por regulação, vale trazer a lição de SUNDFELD: “A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as ‘atividades econômicas em sentido estrito’) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de ‘serviços públicos’, exploração de ‘bens públicos’ e de ‘monopólios’ estatais)” (SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18).

⁷ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 96.

profissionais liberais que ofereciam serviços indispensáveis (seriam os ancestrais dos médicos, dentistas, veterinários etc.) às comunidades, mediante remuneração – de prestarem seus ofícios de forma universal, pois essenciais, e com tabelamento de preços⁸.

Aponta CARDOSO que a regulação no direito anglo-saxônico já ocorria nas dinastias Tudor (1485-1603) e Stuart (1603-1714), especialmente nas áreas “do mercado exterior, do controle de qualidade de produtos, do emprego, da agricultura e do uso do solo”⁹.

Todavia, é preciso destacar, acerca das agências reguladoras inglesas, algumas peculiaridades:

As agências reguladoras independentes não possuem, na Inglaterra, uma peculiaridade que as distinga dos demais corpos administrativos, uma vez que a Administração Pública inglesa é caracterizada por seu fortíssimo policentrismo e pela autonomia dos seus órgãos, denominados de *Quase Autonomous non Governmental Organizations* – QUANGOS, *bords* ou *quase tribunals*. [...] Começaram a surgir no século XIX. Como não havia a idéia de Administração Pública, mas apenas de Governo, quando era editada uma lei para dar conta de determinado interesse público, era concomitantemente criado um órgão para implementá-lo. Desta maneira foram criados *quangos* para as mais diversas finalidades (assistenciais, de controle, reguladoras, etc), chegando a alcançarem em seu conjunto o impressionante número de mil e quinhentas organizações. [...] A doutrina observa a diversidade estrutural dos *quangos*, dificilmente sujeitos a uma conceituação homogênea ou mesmo a uma classificação dotada de maior racionalidade.¹⁰

Há quem sustente que as primeiras agências reguladoras teriam surgido nos anos de 1839 e 1844, no tocante ao controle ferroviário¹¹ e, também, quem diga ter ocorrido em 1837 o primeiro exemplo de agência reguladora, pelo

⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003, p. 55.

⁹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 96-97.

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 222-224.

¹¹ Veja-se, por exemplo, MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

Steamboat Inspection Service, referente à navegação fluvial a vapor nos Estados Unidos da América¹².

Em verdade existem algumas controvérsias, como visto acima, sobre quando e onde teriam surgido as primeiras agências, razão pela qual se passa a abordar o tema conforme o entendimento majoritário da doutrina.

Inegavelmente a importância da experiência regulatória inglesa mostrou-se mais relevante para o direito norte-americano do que para outros sistemas jurídicos. Mesmo assim, os Estados Unidos da América desenvolveram modelo próprio, despontando como paradigma para diversos países, notadamente o Brasil.

É preciso ressaltar que os Estados Unidos da América possuem peculiar concepção sobre serviços públicos, uma vez que o Estado não possui a titularidade de atividades econômicas, mas sim os particulares. Portanto, a execução de atividades caracterizadas como serviços públicos, ao contrário do Brasil, não saíram das mãos do Estado para os particulares, antes, não estiveram com aquele. Por isso, pouco a pouco surgiu “a necessidade de regulação de atividades que se mostraram de especial interesse da coletividade, os chamados *business affected with a public interest* (negócio afetado pelo interesse público)”¹³.

De acordo com MASTRANGELO¹⁴ as agências reguladoras norte-americanas passaram por cinco fases distintas nos quase dois séculos de sua existência.

As agências reguladoras têm como marco histórico e fundamental a criação da *Interstate Commerce Commission* (ICC), nos Estados Unidos da América – EUA – no ano de 1887. Essa é considerada a primeira grande agência

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 405.

¹³ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 119.

¹⁴ MASTRANGELO, Cláudio. **Agências reguladoras e participação popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

reguladora federal daquele país e tinha como escopo a regulação das vias férreas (*railroad regulation*).¹⁵

Consta, segundo SCHWARTZ¹⁶, que a razão do surgimento do problema relativo às vias férreas deu-se pela importância dessas para a economia dos Estados Unidos da América, particularmente por suas dimensões continentais e pelo desenvolvimento industrial da época, que se deu, em especial, durante a Guerra Civil¹⁷, em que os governos estaduais e federal subsidiavam e promoviam o desenvolvimento daquele meio de transporte, fazendo a indústria férrea expandir-se muito rapidamente. Segundo o autor, a falta de interferência pública no setor levou a consequências como: construção altamente especulativa de vias férreas; manipulação financeira irresponsável; destruição da competitividade com a criação de monopólios; e alta flutuação e taxaçoão discricionária de preços. Como resultado, os indivíduos afetados pelos “abusos” do setor férreo, até então indefesos e constituídos em sua expressiva maioria por agricultores, organizaram-se e deram início ao chamado *Granger movement* (movimento dos granjeiros), o qual se caracterizou como um programa de drástica regulação.

Essa mobilização de um dos setores privados envolvidos acabou por gerar uma discussão judicial perante a Suprema Corte estadunidense no paradigmático caso *Munn v. Illinois*, que, julgando em favor do Estado, consagrou o que se poderia denominar como embrião do poder de regulação estatal.¹⁸

Não obstante, foi em virtude de outro julgamento que o cenário do moderno processo administrativo e a regulação norte-americana começaram a desenhar-se. Trata-se do caso *Wabash, St. Louis and Pacific Railway Co. v.*

¹⁵ BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B. **Administrative law and regulatory policy**. Canada: Little, Brown & Company, 1979, p. 23.

¹⁶ SCHWARTZ, Bernard. **An introduction to american administrative law**. London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1958, p. 9-10.

¹⁷ A Guerra Civil, também conhecida por Guerra da Secessão ocorreu entre os anos de 1861 e 1865, entre os Estados do Sul e do Norte dos Estados Unidos da América e teve como motivação a abolição da escravatura naquele país (SCHILLING, Voltaire. **América: a história e as contradições do império**. Porto Alegre: LP&M, 2004, p. 87-90).

¹⁸ Sobre alguns dos fundamentos da decisão da Suprema Corte, veja-se o seguinte excerto: “The Court in the *Munn* case upheld a state regulatory statute, Chief Justice Waite saying that statutes regulating the use or even the price of the use of private property were not violative of due process: ‘When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good to the extent of the interest he has thus created’”. (SCHWARTZ, Bernard. **An introduction to american administrative law**. London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1958, p. 10).

Illinois, onde a decisão da Suprema Corte (no mesmo sentido daquela do caso *Munn*) praticamente forçou o Congresso daquele país a produzir uma legislação federal sobre a matéria: regulação estatal das estradas de ferro. Isso ocorreu porque grande parte dos transportes férreos ocorria em nível interestadual, o que demandava normas uniformes, não sendo possível que cada Estado ditasse seus parâmetros regulatórios, de forma local, como vinha ocorrendo até aquele momento.¹⁹

Surge então o *Interstate Commerce Act*, em 1887, que dá origem, no mesmo ano, à *Interstate Commerce Commission* (ICC)²⁰, órgão regulador do setor férreo norte-americano. Esse ato legislativo foi criado basicamente com o propósito de impedir cobranças abusivas e práticas discriminatórias por parte das ferrovias, muito embora a ICC não detivesse poder sancionatório efetivo nesta fase, o que a transformou em mera etapa preliminar antes de o eventual conflito chegar ao judiciário, que era quem dava a palavra final. Isso fulminou num grande desprestígio da ICC, cujos poderes eram gradativamente minados por decisões judiciais, até que em 1897 a Suprema Corte acabou com a competência da agência de prescrever preços mínimos e máximos da atividade ferroviária²¹.

O desejo e a necessidade de ter um órgão regulador no setor, que realmente funcionasse e cujas decisões fossem dotadas de eficácia culminou, em 1906, com a edição do *Hepburn Act*, o qual, por expressa autorização legal, deu à ICC uma melhor delimitação de seus poderes e competências, com destaque para seu poder de polícia.²²

A segunda fase histórica das agências reguladoras dos EUA deu-se entre os anos 1930 e 1945, caracterizada por forte intervenção estatal na economia, como parte do *New Deal*, um programa de governo implantado pelo presidente norte-americano Franklin D. Roosevelt como resposta à crise econômica que

¹⁹ SCHWARTZ, Bernard. **An introduction to american administrative law**. London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1958, p. 10-11.

²⁰ A importância da ICC está no fato de ela ter servido de modelo para as futuras agências criadas nos Estados Unidos da América, como instrumentos de intervenção governamental da vida econômica deste país. (SCHWARTZ, Bernard. **An introduction to american administrative law**. London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1958, p. 17).

²¹ Trata-se do julgamento do caso *Interstate Commerce Commission v. Alabama M. R. Co.*”.

²² SCHWARTZ, Bernard. **An introduction to american administrative law**. London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1958, p. 12-13.

assolava o país²³. As medidas adotadas neste período marcaram-se pela criação de diversas agências reguladoras, cuja razão lógica, de acordo com BREYER e STEWART, foi a necessidade de salvar o modelo capitalista, através da correção das falhas do modelo econômico desprovido de regulação estatal até então adotado²⁴.

Foi nesse período, portanto, que se deu o surgimento de muitas das maiores e mais importantes agências dos EUA, tais como: *Tennessee Valley Authority* (TVA)²⁵; *Securities and Exchange Commission* (SEC), disciplina o mercado de capitais; *National Labor Relations Board* (NLRB), inicialmente criado para encorajar a criação de sindicatos, atualmente é a agência reguladora do setor; *Federal Communications Commission* (FCC), órgão regulador da área de telecomunicações e radiodifusão; *Civil Aeronautics Board* (CIB), responsável pela edição de normas de segurança, investigação de acidentes e regulação econômica do setor aéreo; entre outras.²⁶

A terceira fase, ocorrida entre 1945 e 1965 teve como grande destaque a edição do *Administrative Procedural Act* (APA), em 1946, que conferiu maior legitimidade às tomadas de decisões das agências²⁷.

O direito norte-americano, embora adote o sistema da *common law*, possui amplos repertórios legislativos, em especial no campo do direito administrativo e comercial. A Consolidação de Leis da Administração

²³ Trata-se da crise de 1929, também chamada de “grande depressão”, a qual perdurou até o final da Segunda Guerra Mundial, em 1945 (SCHILLING, Voltaire. **América: a história e as contradições do império**. Porto Alegre: LP&M, 2004, p. 154-166).

²⁴ “The basic rationale of these and other measures was to save capitalism from itself by correcting the most obvious failures of the unregulated market while avoiding the socialist alternative of direct government ownership of business enterprise” (BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B. **Administrative law and regulatory policy**. Canada: Little, Brown & Company, 1979, p. 27).

²⁵ Esta agência, segundo LEHFELD, possui natureza de agência executiva e não reguladora – sobre a diferença entre os modelos de agências, ver o item 1.2 –, valendo destacar que atua no fornecimento de energia elétrica, entre outras funções. “[...] é indiscutível o caráter executivo da *Tennessee Valley Authority*, pois a sua inserção disciplinar em âmbito privado não é típica (fato fundamental para a sua existência), mas sim acessória, o que lhe coloca nessa categoria de agência e não como regulatória” (LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 148).

²⁶ BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B. **Administrative law and regulatory policy**. Canada: Little, Brown & Company, 1979, p. 27.

²⁷ MASTRANGELO, Cláudio. **Agências reguladoras e participação popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 26.

Federal Norte-americana, *The United States Code – USC*, traz em seu corpo, o *Administrative Procedure Act – APA*.²⁸

Ainda sobre o *Administrative Procedure Act*, ARAGÃO lembra o fato de que, após sua edição, assegurou-se a “participação dos indivíduos e dos grupos (relacionados com interesses coletivos e difusos) nos processos decisórios das agências, mesmo naqueles que visam à emissão de normas gerais e abstratas”²⁹.

O APA teve, também, o papel fundamental de servir como fonte legislativa legitimadora das práticas até então desenvolvidas pelas agências, que cresciam de forma espantosa e não possuíam, até então, um marco legal que lhes conferisse a devida e necessária legitimidade.³⁰

A quarta fase aconteceu entre os anos de 1965 a 1985³¹ e foi marcada pelo fenômeno denominado como captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos. Trata-se de um movimento em que o setor privado, em tese submetido à regulação estatal, passou a exercer forte influência e gerência sobre os entes reguladores por meio de seu poderio econômico e de exercer pressão, o que terminou por determinar a atuação e conteúdo regulatório conforme seus interesses privados e não atendendo ao interesse público, objeto primeiro da regulação. Como consequência lógica, quem sofreu os efeitos negativos da captura foram os consumidores e destinatários dos serviços regulados.³²

²⁸ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 104.

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 235.

³⁰ MASHAW, Jerry L.; MERRILL, Richard A.; SHANE, Peter M. **Administrative law: the American public law system, cases and materials**. 4. ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 9.

³¹ Importa fazer a referência que entre os anos de 1960 e 1970 ocorreu um significativo movimento de criação de novas agências. Ao todo, mais de 30 agências foram criadas nesse período em resposta ao aumento da demanda pública pela eliminação da discriminação sexual e racial, pela promoção de segurança do trabalho e no consumo, pela proteção individual e do meio ambiente, bem como pela prevenção de fraudes ao consumidor. (MASHAW, Jerry L.; MERRILL, Richard A.; SHANE, Peter M. **Administrative law: the American public law system, cases and materials**. 4. ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 6). “Dentre as agências criadas nesse período, podem ser identificadas a *National Highway Traffic Safety Administration – NHTSA* (1966), a *Occupational Safety and Health Administration – OSHA* (1970) e a *Environmental Protection Agency – EPA* (1970).” (JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 80).

³² MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 121.

De igual forma, não se pode olvidar que, em razão disso, houve significativo aumento da desconfiança dos atores envolvidos quanto às decisões e procedimentos das agências, o que, como decorrência direta, fez crescerem as demandas por revisão judicial. Isso acarretou no reconhecimento, por parte do judiciário, do direito de participação nos processos decisórios das agências, bem como uma maior proteção judicial a grupos antes desprotegidos, como estudantes e beneficiários da previdência social.³³

Por fim, a última fase³⁴ desenvolve-se a partir de 1985 e é marcada pela redefinição do modelo regulatório, que passa a se consolidar como independente e provido de controles externos que garantem a manutenção dessa independência³⁵, principalmente de forma a evitar nova captura das agências reguladoras pelos atores do setor privado.

No Brasil a proliferação de Agências Reguladoras se dá a partir de 1996, quando se criaram as primeiras agências do país³⁶ sob essa denominação³⁷, no

³³ CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 229, p. 153-176, jul./set. 2002.

³⁴ Importante salientar, que após estas cinco fases marcantes da história das Agências Reguladoras nos Estados Unidos da América, ainda foi possível observar, no mínimo, mais três movimentos ocorridos a partir de 1993. Isso porque durante o mandato do então presidente norte-americano Bill Clinton (1993-2001), este promoveu novo processo de fortalecimento das Agências, com relevante intervenção do Estado, especialmente nas áreas de telecomunicações e informática. Logo após, durante o mandato do presidente George W. Bush (2001-2009) e em virtude direta de suas práticas governamentais, ocorreu novo enfraquecimento das Agências (possível afirmar que isso potencializou a famosa crise mundial do sistema econômico e financeiro de 2008-2009, especialmente quando enxergada sob o prisma da ausência de regulação do setor, o que permitiu a prática, por exemplo, das operações hipotecárias para financiamento de moradias a pessoas de baixa renda sem maiores critérios). (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003, p. 73-74). E, por fim, a fase considerada atual, que se desenvolve sob a presidência de Barack Obama (assumiu o governo em 2009), a qual vem sendo marcada por novo fortalecimento das Agências Reguladoras.

³⁵ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 121.

³⁶ Neste ano foi criada a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), pela Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que além de criar a referida autarquia de regime especial, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, e dá outras providências.

³⁷ Importante referir que a concepção de regulação do Estado na economia não é novidade no Brasil e já era desenvolvida desde a década de 1910, embora não sob a denominação de “Agências Reguladoras”, como era o caso, por exemplo, do Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (IBC – 1923), o Instituto do Alcool e do Açúcar (IAA – 1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940), o Instituto Nacional do Pinho (1941), entre outros (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado, O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n. 3, p. 253-257, maio 2001).

governo de Fernando Henrique Cardoso, “em decorrência do processo de reforma do Estado³⁸ que se iniciou no Brasil na segunda metade dos anos 90”³⁹.

Tal reforma estatal representou uma diminuição do tamanho do Estado, deixando para o setor privado o desenvolvimento de atividades notadamente econômicas (petróleo, medicamentos etc.) e serviços públicos (telecomunicações, energia etc.), ficando aquele com a função supervisora destas atividades.

Desse modo, busca-se modificar a forma de intervenção estatal na economia, com diminuição de sua atuação direta (na qualidade de produtor; empresário) e valorização da intervenção indireta (influenciando, incentivando ou disciplinando o comportamento dos particulares). Procura-se estabelecer um Estado menor, mais enxuto – porém mais forte e eficiente. Em decorrência, a atividade regulatória do Estado também sofreu sérias mutações qualitativas e quantitativas, pois se deu uma (parcial) alteração da forma pela qual se revela a presença do Estado na economia – de gestor e prestador de atividades econômicas, ele passou a regulador e garantidor.⁴⁰

A referida reforma foi preconizada, portanto, através da desestatização⁴¹, com a implantação do Programa Nacional de Desestatização⁴² especialmente pela privatização⁴³ de atividades antes de competência estatal, para os particulares.

³⁸ A respeito do momento que antecedeu a referida reforma estatal brasileira, veja-se o interessante artigo de MOREIRA NETO produzido logo após a promulgação da Constituição de 1988, onde avalia o conservadorismo da Carta Política, ainda impregnada de antigas estruturas autoritaristas e apenas mascarada de um suposto progressismo de efeitos propagandísticos (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Estado e a economia na constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 26, n. 102, p. 5-20, abr./jun. 1989). Muito embora muitas das questões levantadas pelo ilustre administrativista tenham sido sanadas em momento posterior, face as inúmeras Emendas Constitucionais que se seguiram.

³⁹ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 30.

⁴⁰ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 33.

⁴¹ Por desestatização entenda-se: “É a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é o gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas.” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 30).

⁴² Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente revogada pela Lei n.º 9.491, de 9 de setembro de 1997, a qual passou a tratar da matéria.

⁴³ A privatização é um dos processos básicos que resultou na criação de agências reguladoras, embora não seja o único: “Não é correto supor que agência reguladora seja sinônimo de processo de privatização, e vice-versa. Autoridades com poderes de regulação existem para todos os setores, não só para os privatizados (mencionem-se os órgãos de defesa da concorrência e os

Nesse cenário surgem as agências reguladoras no Brasil, as quais a partir de 1996 experimentaram forte crescimento, proliferando-se no ordenamento pátrio em quase todos os setores da economia e dos serviços públicos, naquilo que SUNDFELD denominou de “febre de criação de agências reguladoras”⁴⁴.

No âmbito constitucional, com as Emendas Constitucionais n.º 8 e 9 alteraram-se os artigos 21, XI⁴⁵ e 177, §2.º, III⁴⁶, respectivamente, de forma a prever a edição de leis tratando da exploração das telecomunicações e atividades análogas ao petróleo. A partir disso criou-se a ANATEL⁴⁷ (Agência Nacional de Telecomunicações) e a ANP⁴⁸ (Agência Nacional do Petróleo).

A seguir, embora sem norma expressa na Constituição Federal, foram criadas as seguintes agências reguladoras em nível federal, além da já citada ANEEL: Anvisa⁴⁹ (Agência Nacional de Vigilância Sanitária); ANS⁵⁰ (Agência Nacional de Saúde Suplementar); ANA⁵¹ (Agência Nacional de Águas); ANTT⁵² (Agência Nacional de Transportes Terrestres); ANTAQ⁵³ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários); ANCINE⁵⁴ (Agência Nacional do Cinema); e a ANAC⁵⁵ (Agência Nacional de Aviação Civil). Isso apenas para mencionar as agências em

voltados ao mercado financeiro). Agências reguladoras existem em países que nunca conheceram os fluxos de estatização e privatizações, como os Estados Unidos. [...] Mas há uma clara tendência nos últimos anos, entre os países que optaram por amplos processos de privatização de serviços básicos, de criar órgãos de regulação ou de conferir maior autonomia ou poderes aos já existentes.” (SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19).

⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19.

⁴⁵ Art. 21. Compete à União: [...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

⁴⁶ Art. 177. Constituem monopólio da União: [...] § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: [...] III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

⁴⁷ Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997.

⁴⁸ Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997.

⁴⁹ Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999.

⁵⁰ Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

⁵¹ Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000.

⁵² Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001.

⁵³ Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001.

⁵⁴ Medida Provisória n.º 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.

⁵⁵ Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005.

nível federal, tendo em vista que muitas agências foram criadas no âmbito estadual e municipal⁵⁶.

Há quem identifique no Direito brasileiro dois tipos diferentes de agências reguladoras, as que exercem típico poder de polícia, por força legal, impondo limitações administrativas, fiscalizando e reprimindo (como a Anvisa, a ANS, a ANA, entre outras); e as que regulam e controlam atividades ligadas aos serviços públicos (caso, *v.g.*, das telecomunicações, energia elétrica, transportes) e exploração de bens públicos delegáveis (como petróleo, rodovias etc.)⁵⁷, embora seja possível abarcar ainda aquelas agências tipicamente de fomento, como a ANCINE, a ADA⁵⁸ (Agência de Desenvolvimento da Amazônia) e a ADENE⁵⁹ (Agência de Desenvolvimento do Nordeste), sendo estas últimas duas, já extintas.

⁵⁶ São elas: AGEAC (Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Acre); ARSAL (Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas); ARSAM (Agência Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos do Estado do Amazonas); AGERBA (Agência de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia); ARCE (Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Ceará); ADASA (Agência Reguladora de Águas e Saneamento Distrital); ASPE (Agência de Serviços Público de Energia do Estado do Espírito Santo); AGERSA (Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim); AGR (Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos); AGER (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Mato Grosso); AGEPAN (Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos do Mato Grosso do Sul); ARCG (Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Campo Grande / Mato Grosso do Sul); ARCON (Agência Estadual de Regulação e Controle dos Serviços Públicos do Pará); ARPB (Agência de Regulação do Estado da Paraíba); ARPE (Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco); ARSETE (Agência Municipal de Regulação de Serviços Públicos de Teresina); AGETRANSP (Agência Reguladora de Serviços Público Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro); AGENERSA (Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro); ARSEP (Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte); ARSBAN (Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município de Natal); AGERGS (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul); AMAE (Agência Municipal de Água e Esgoto – Joinville/SC); AGESC (Agência Reguladora de Serviços Públicos de Santa Catarina); ARSAE (Agência Reguladora dos Serviços de Água e Esgotos do Município de Mauá/SP); ARSAEG - Guaratinguetá (Agência Reguladora do Serviço de Água, Esgotos e Resíduos do Município de Guaratinguetá/SP); ARTESP (Agência Reguladora de Serviços Público Delegados de Transporte do Estado de São Paulo); ARSESP (Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo); e ATR (Agência Tocantinense de Regulação Controle e Fiscalização de Serviços Públicos).

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 435.

⁵⁸ Medida Provisória n.º 2157-5, de 24 de agosto de 2001.

⁵⁹ Medida Provisória n.º 2156-5, de 24 de agosto de 2001.

Para BANDEIRA DE MELLO⁶⁰ as agências reguladoras brasileiras disciplinam e controlam atividades como: a) “serviços públicos propriamente ditos” (como é o caso da ANEEL, da ANATEL, da ANTT, da ANTAQ, e da ANAC); b) “atividades de fomento e fiscalização de atividade privada” (caso da ANCINE); c) “atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo” (no caso da ANP); d) “atividades que o Estado também protagoniza (e quando o fizer serão serviços públicos), mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares” (caso da ANS e da ANVISA); e) “agência reguladora de uso de bem público” (como a ANA). O referido autor ainda ressalta que existe entidade que, apesar de exercer atividade semelhante à exercida pelas agências reguladoras, não veio qualificada sob o signo de “agência”, embora também seja autarquia de regime especial, “pois foi mantido seu nome original: Comissão de Valores Mobiliários – CVM”.

Vale dizer, ainda, que atualmente as agências reguladoras contam, inclusive, com uma associação em nível nacional. Trata-se da Associação Brasileira de Agências Reguladoras ou simplesmente ABAR⁶¹.

Este o panorama das agências reguladoras no ordenamento jurídico pátrio.

No tocante à ANATEL, agência reguladora responsável pelo setor dos serviços públicos de telecomunicações, com sua criação, passou a ocupar o espaço anteriormente pertencente ao Ministério de Comunicações na regulação da matéria. Essa transmutação toma forma a partir de 1995, com a edição da Emenda Constitucional n. 8, que alterou, entre outros, o inciso XI do artigo 21 da Constituição Federal, passando a exigir a edição de uma lei ordinária que

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 166-167.

⁶¹ “A Associação Brasileira de Agências Reguladoras, é uma entidade que tem como associadas as Agências de Regulação existentes em todo Brasil, criada sob forma de associação civil que não visa lucros, apartidária e sem fins políticos. Seu objetivo é contribuir para o avanço e consolidação das atividades de regulação em todo Brasil, permitindo a troca de experiências, a promoção de critérios uniformes para problemas semelhantes e a preservação de interesse público amplo. E também promover a mútua colaboração entre as associadas e os poderes públicos, na busca do aprimoramento da regulação e da capacidade técnica.” (Texto disponível em: <www.abar.org.br>. Acesso em 27 jul. de 2009).

disciplinasse a organização dos serviços de telecomunicação e a criação de um órgão regulador, entre outros aspectos, o que veio a ocorrer no ano de 1997 com a edição da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.

A alteração constitucional implementada em 1995 e a subsequente integração legislativa, com a LGT de 1997, acarretou o fim do monopólio estatal exercido nas telecomunicações brasileiras pelo Sistema Telebrás, desde 1972⁶², permitindo à iniciativa privada a execução de tais serviços, cuja titularidade, vale ressaltar, continua em poder da União, que concede, permite ou autoriza a sua execução àquela. Frente a este cenário, atribuí-se a fiscalização dessa execução pelos organismos privados à ANATEL, como órgão regulador da referida esfera.⁶³

⁶² “A Telecomunicações Brasileiras S. A. - TELEBRAS é uma sociedade anônima aberta, de economia mista, constituída em 09 de novembro de 1972, nos termos da autorização inscrita na Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, vinculada ao Ministério das Comunicações exercendo, após o processo de desestatização de suas controladas, todas as atividades institucionais como ente integrante da Administração Pública Federal. Responde pelo seu contencioso judicial, mantendo em seu quadro funcional empregados cedidos à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, Presidência da República, Ministério das Comunicações, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Educação e Ministério dos Transportes. Cumpre, ainda, com todas as obrigações perante a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, em função de seus mais de 2 (dois) milhões de acionistas, sendo a UNIÃO o acionista majoritário. [...] A TELEBRÁS, empresa holding de um sistema empresarial constituído de 27 (vinte e sete) operadoras estaduais e de 1 operadora de longa distância, bem como de dois centros de treinamento (em Recife e em Brasília) e de 1 (um) Centro de Pesquisa e de Desenvolvimento, era a responsável por mais de 95% dos serviços públicos de telecomunicações do País.” (BRASIL. **Ministério das Telecomunicações**. Disponível em: <<http://www.telebras.com.br/historico.htm>>. Acesso em: 06 set. 2009).

⁶³ Observe-se, no entanto, que “caso a entidade federativa tenha interesse, poderá constituir empresas públicas ou sociedades de economia mista, mas que, necessariamente, serão criadas por lei específica e, obrigatoriamente, deverão concorrer em igualdade de condições com os entes privados, respeitando-se o sistema de outorga previsto na lei de telecomunicações e submetendo-se às regras impostas pela agência reguladora e por aquele instrumento normativo aprovado pelo legislador. Se escolher esta opção, a União executará, indiretamente, a telefonia pública. Há outra problemática: a vigência da Lei Geral de Telecomunicações impede que a União exerça, diretamente, a prestação da telefonia brasileira prevista no art. 21, X, CF. É que após a edição da LGT, somente por via indireta (concessão, permissão e autorização) poderá ser executado esse serviço de interesse coletivo. A princípio parece haver uma inconstitucionalidade aparente, levando o intérprete a pensar que uma lei infraconstitucional se sobreponha a um dispositivo constitucional, submetendo a Carta Maior à vontade da legislação ordinária. Todavia, tal silogismo não merece prosperar. Isso porque a União não pode, baseado em seu livre-arbítrio, desrespeitar a lei e a autoridade do órgão regulador, instaurando um regime de prestação direta, posto que estaria legislando através de regulamento autônomo e inconstitucional”. (COSTA FILHO, Vidalvo Silvio da. A análise da natureza jurídica da ANATEL. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 363, p. 373-389, 2002).

A ANATEL, assim, surge como uma autarquia de regime especial⁶⁴, com autonomia financeira e administrativa e com a função de regulação do setor das telecomunicações adotando as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e desenvolvimento das telecomunicações. Criada pela referida Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997 (LGT) e regulamentada pelo Decreto n.º 2.338, de 7 de outubro de 1997, que instituiu seu regulamento interno, a ANATEL se pauta pela atuação independente, fundada na impessoalidade, legalidade, publicidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, devido processo legal, igualdade e moralidade⁶⁵.

Então, a ANATEL, como autarquia de regime especial responsável pela regulação do setor de telecomunicações, detém como atribuições, entre outras: reprimir infrações dos direitos dos usuários; implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações; expedir normas quanto à outorga, à prestação e à fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas; expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem; expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos; e exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

⁶⁴ Sobre a natureza jurídica das agências reguladoras como autarquias de regime especial, veja-se adiante a seção 1.3. Trata-se, conforme a classificação de BANDEIRA DE MELLO, de “autarquia sob regime especial” com a “finalidade de disciplinar e controlar” os “serviços públicos propriamente ditos”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 165-166).

⁶⁵ “Art. 38. A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade.” (BRASIL. **Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 06 set. 2009).

1.2 Conceito

O termo “agências reguladoras” foi trazido para o Direito brasileiro diretamente do sistema jurídico estadunidense⁶⁶, que utiliza a designação *agency*, ou mais precisamente *regulatory agency*. Ademais, inteiramente compreensível que assim tenha ocorrido, haja vista que todo o modelo regulatório utilizado no Brasil foi “importado” daquele.

Outrossim, como costuma acontecer quando termos alienígenas são transplantados de um sistema jurídico para outro, existem certas peculiaridades que devem ser observadas.

O termo *agency*, que, por si só, remete à ideia de agência administrativa, possui significado amplo para o Direito estadunidense⁶⁷, onde é “utilizado para designar o gênero órgãos públicos”⁶⁸, o que não é de causar espanto uma vez que, lá, como bem observa CUÉLLAR⁶⁹, a própria “noção de direito administrativo está atrelada à de agências administrativas”, tendo-se, como via de consequência, que “o direito administrativo norte-americano compreende, principalmente, o papel das agências administrativas na sociedade e seus poderes na implementação de políticas públicas”.

Nesse sentido, leciona LEHFELD que:

[...] a utilização da expressão *agency*, nos EUA, reflete muito mais uma nova concepção de exercício do poder estatal do que propriamente o

⁶⁶ Não obstante, já havia no Brasil organismos que realizavam e/ou realizam típica função regulatória, embora não sob a denominação de “Agência Regulatória”, mas muitas vezes como “Departamentos”, “Comissões”, entre outros, como é o caso, por exemplo, da CVM (Comissão de Valores Mobiliários), o já extinto DNAEE (Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica) etc. Ademais, nem mesmo nos Estados Unidos da América a denominação limita o próprio conceito, como se verá a seguir (Ver NR 71).

⁶⁷ É o que se pode aferir da anotação de MASHAW, MERRILL e SHANE a seguir: “In general it would appear that virtually every entity, or indeed any individual empowered to assist in the execution of federal law may be considered an ‘agency’ of the United States and subject to the requirements of the APA. In terms of organizations and personnel, administrative agencies constitute most of what we identify as the governmental establishment of the United States”. (MASHAW, Jerry L.; MERRILL, Richard A.; SHANE, Peter M. **Administrative law: the American public law system, cases and materials**. 4. ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 11).

⁶⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 53.

⁶⁹ CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 229, p. 153-176, jul./set. 2002.

sentido que lhe foi atribuído, nos primórdios, pela *common law* [na qual a agência atuaria em função da satisfação de interesses de seu criador]. O direito administrativo norte-americano ampliou seu significado, conduzindo a sua aplicação para o âmbito do direito público, não em razão de sua origem, como verificado, mas sim pela dificuldade de qualificar, à época, a natureza jurídica de órgãos que exerciam determinadas competências voltadas a interferir na autonomia privada. [...] Em razão dessa transposição das *agencies* de uma concepção privatista do direito inglês para uma idéia estruturada a partir do sistema político norte-americano e do direito administrativo desenvolvidos pela Constituição de 1787, somente tornaram-se definidos os contornos desses órgãos a partir de 1946, com a edição da *Administrative Procedural Act* (APA).⁷⁰

Ainda assim, o APA, em seu §551⁷¹ define as agências, por exclusão, como sendo autoridades do governo federal, porém, distintas do legislativo e do judiciário. Portanto, ensina SCHWARTZ⁷², todo e qualquer órgão governamental que não esteja elencado nas hipóteses de exclusão do referido ato legislativo, seria caracterizado como agência administrativa, considerado, assim, um “braço” do executivo e desde que afete direitos e obrigações dos particulares.

Importante referir, ainda, que não basta a simples exclusão pretendida pelo APA, para que se vislumbre uma *agency*⁷³, mas deve-se verificar a existência de legislação própria que lhe dê origem e delimite suas funções.⁷⁴

⁷⁰ LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 135-136.

⁷¹ “§551. Definitions. For the purpose of this subchapter - (1) "agency" means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include - (A) the Congress; (B) the courts of the United States; (C) the governments of the territories or possessions of the United States; (D) the government of the District of Columbia; or except as to the requirements of section 552 of this title - (E) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them; (F) courts martial and military commissions; (G) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or (H) functions conferred by sections 1738, 1739, 1743, and 1744 of title 12; chapter 2 of title 41; or sections 1622, 1884, 1891-1902, and former section 1641(b)(2), of title 50, appendix”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Administrative Procedure Act. United States Code. Disponível em: <<http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/551.html>>. Acesso em: 19 jun. 2009).

⁷² SCHWARTZ, Bernard. **An introduction to american administrative law**. London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1958, p. 7.

⁷³ É possível, também, que apareçam sob outras denominações, como *department, bureau, division, section, commission, board, administration*. (CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 229, p. 153-176, jul./set. 2002).

⁷⁴ “They are bodies granted authority by some appropriate constitutional principal to exercise governmental functions in the name of the United States. Their origin can always be traced to some legal document (statute, executive order, constitution, charter, compact, rule, or order) which calls them to legal life and sets them in motion.” (MASHAW, Jerry L.; MERRILL, Richard A.;

Surge, dessa forma, a primeira observação relevante no tocante ao termo *agency* no direito comparado, significando, em seu sentido mais *lato*, “agência administrativa”. É de se saber, então, o que vêm a ser as agências reguladoras e onde elas podem ser encontradas no Direito estrangeiro em destaque.

Primeiramente, parte-se da classificação de agência administrativa, em sentido geral, como sendo gênero, cujas espécies irão responder a questão acima. A doutrina, costuma, identificar quatro espécies diferentes de agências no Direito estadunidense, são elas: a) *regulatory agencies* (cuja tradução seria o termo “importado” pelo Brasil de agências reguladoras); b) *non regulatory agencies* (agências não reguladoras); e ainda como c) *executive agencies* (agências executivas) e d) *independent regulatory agencies or commissions* (agências ou comissões reguladoras independentes).

A diferença entre cada uma delas foi sinteticamente exposta por FERRAZ JÚNIOR, da qual se vale a seguir:

A tipologia americana das agências conhece diversas distinções. Do ponto de vista da delegação de poderes normativos pelo Congresso, fala-se em *regulatory agencies* e *non regulatory agencies*. Às primeiras são atribuídas competências normativas capazes de afetar direitos, liberdades ou atividades econômicas dos administrados; às segundas, as atribuições limitam-se à prestação de serviços sociais, que, aparentemente, não envolveriam atividades de regulamentação. Esta distinção acabou sendo superada na jurisprudência, que percebeu, na atividade ‘não regulatória’ aspectos de verdadeira regulamentação, o que fez submeter todas as agências ao *due process of law*. Outra distinção importante é entre as *executive agencies*, cujos quadros dirigentes são de livre disposição do Presidente da República, e as *independent regulatory agencies or commissions*, cujos dirigentes têm mandato e estabilidade.⁷⁵

Chega-se, desse modo, a um primeiro conceito de agências reguladoras, aquele trazido pelo Direito estadunidense, que diz serem aquelas “vested with authority to control the manner in which personal or property rights may be exercised”⁷⁶. Em outras palavras:

SHANE, Peter M. **Administrative law: the American public law system, cases and materials**. 4. ed. Minnesota – USA: West Group, 2000, p. 13).

⁷⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, n. 35, p. 143-158, nov./dez. 2000.

⁷⁶ SCHWARTZ, Bernard. **An introduction to american administrative law**. London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1958, p. 8-9.

As agências reguladoras exercem os poderes normativos e decisórios [função “quase-legislativa” e “quase-judicial”⁷⁷] que lhes foram delegados pelo Congresso norte-americano, incidindo sobre as situações jurídicas dos cidadãos com os quais se relacionam. São entes que estabelecem regras para setores econômicos privados, condicionam os direitos e liberdades dos particulares e têm competência para resolver conflitos intersubjetivos (entre a Administração e os cidadãos ou entre cidadãos), embora a participação da Administração não produza qualquer efeito modificativo.⁷⁸

Não será muito diferente o conceito que se adota no Brasil, ou em outros países que se basearam no modelo regulatório estadunidense. Ademais, a alteração mais profunda não chega a ser em nível conceitual, mas remete para os sistemas jurídico-constitucionais adotados nestes e nos EUA⁷⁹.

No Brasil, as agências, como gênero, indicam a existência de duas espécies diferentes – ao menos no uso da expressão “agência” –, são elas: a) as agências executivas; e b) as agências reguladoras.

Entretanto, tal classificação e sobretudo o emprego da expressão “agência”, não aparece sem críticas no Direito brasileiro, primeiramente pelo fato de que o vocábulo já era utilizado com acepções diferentes no Brasil, como bem lembra MOREIRA⁸⁰, seja em sentido vulgar, como ocorreu com as agências

⁷⁷ Conforme DI PIETRO: “As agências norte-americanas exercem funções quase-legislativas, porque editam normas; e funções quase-judiciais, porque resolvem determinados conflitos de interesses, determinando o direito aplicável para solucioná-los.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 431).

⁷⁸ CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 229, p. 153-176, jul./set. 2002.

⁷⁹ Veja-se a interessante anotação de VÁZQUEZ a respeito: “[...] las administraciones independientes han permitido la atribución a la Federación de nuevas competencias, impensables cuando se redactó el texto constitucional. Por todo ello estas agencias suponen dentro del constitucionalismo americano un importante correctivo a la rigidez del principio de separación de poderes y funciones y a la descentralización política. Las peculiaridades del sistema político constitucional en que se insertan las agencias independientes desautoriza su traslado mecánico a otros sistemas políticos, como el nuestro, donde están constitucionalmente atribuidos al ejecutivo poderes normativos (poder reglamentario) y poderes cuasi-judiciales (sanciones administrativas), y que no van a poder librarse, como se libran las americanas, de un rígido control judicial. Esta liberación del control judicial se actúa por la liberación del Derecho administrativo, por la huida al Derecho privado, como hemos denunciado en otras partes de esta obra. De otro lado, en España no vivimos, desgraciadamente, un paulatino proceso de centralización federalizante, sino un proceso inverso del poder del Estado a través del crecimiento indefinido de los poderes autónomos”. (VÁZQUEZ, J. Ramón Parada. *Administraciones independientes y estado regulador*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129-157).

⁸⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 11, ago./set./out. 2007. Disponível em <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 jun. 2009.

telegráficas, do correio e das capitânicas dos portos; seja em sentido específico, como a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL); seja em sentido “técnico indefinido”, como a Agência Espacial Brasileira e Agências de Água. Isso sem esquecer, ainda, de outras modalidades, como as agências de fomento; as agências de desenvolvimento regional; as agências como forma de estabelecimento⁸¹; e ainda a forma instituída pelo contrato de agência, do Código Civil Brasileiro de 2002^{82, 83}.

Em segundo, há quem entenda que as agências em nada inovaram no sistema jurídico pátrio, constituindo-se como autarquias, sem qualquer peculiaridade que lhes demandasse especial atenção, com exceção ao prazo determinado de mandato aos seus dirigentes⁸⁴. Entendimento este que leva em consideração mais a natureza jurídica das agências do que sua conceituação propriamente dita, como se verá adiante.

Embora não seja o foco do presente, entende-se que para a conceituação de agências reguladoras no ordenamento pátrio, faz-se necessário, antes, uma breve explanação acerca das agências executivas⁸⁵, espécies de agências também encontradas no país, como dito acima. Trata-se de entidades autárquicas ou fundacionais, com previsão constitucional (art. 37, §8.º, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB) disciplinadas pelos Decretos números

⁸¹ Ver artigo 1.000 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro).

⁸² Anteriormente denominado de contrato de representação comercial, com previsão na Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Ver artigos 710 e seguintes da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro).

⁸³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 54.

⁸⁴ Nesse sentido: “Em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que ora foram batizadas é que é novo no Brasil. Apareceu ao ensejo da tal ‘Reforma Administrativa’, provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhe, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana (‘agência’)” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 168). Na mesma linha de raciocínio: GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. BRESSER-PEREIRA, por exemplo, sustenta que sequer deveria haver mandato fixo para os diretores das agências, que em seu entender seriam todas meras agências executivas, sem autonomia política, a exceção da ANATEL e da ANEEL (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Agências e agências**. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=2420>>. Acesso em: 25 jun. 2009).

⁸⁵ Para um estudo mais aprofundado, ver: MODESTO, Paulo. Agências executivas: a organização administrativa entre o casuísmo e a padronização. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 6, set. 2001. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 jun. 2009.

2.487 e 2.488, ambos de 02.02.1998, especialmente qualificadas como agências executivas, em razão de disporem de regime jurídico especial⁸⁶, notadamente quanto a sua autonomia de gestão, como, por exemplo, benefícios de ordem licitatória⁸⁷. Assim é que as define DI PIETRO:

Agência executiva é a qualificação dada à autarquia ou fundação que celebre contrato de gestão com órgão da Administração Direta a que se acha vinculada, para a melhoria da eficiência e redução de custos.

Em regra, não se trata de entidade instituída com a denominação de agência executiva. Trata-se de entidade preexistente (autarquia ou fundação governamental) que, uma vez preenchidos os requisitos legais, recebe a qualificação de agência executiva, podendo perdê-la, se deixar de atender aos mesmos requisitos.⁸⁸

No que tange às agências reguladoras, essas são entendidas como entes da Administração Indireta, dotadas de personalidade jurídica de Direito Público, na forma de autarquias (de regime especial, como se verá a seguir), criadas por lei e dotadas de competência regulamentar e/ou fiscalizatória sobre determinado setor – via de regra econômico, ou que envolva a autorização, permissão ou concessão de serviços públicos a particulares –, com autonomia financeira e independência administrativa⁸⁹.

⁸⁶ Assim são qualificadas pelo Decreto n.º 2.487, de 02.02.1998, em seu artigo 1º., §1.º, a e b: “Art. 1º As autarquias e as fundações integrantes da Administração Pública Federal poderão, observadas as diretrizes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, ser qualificadas como Agências Executivas. § 1º A qualificação de autarquia ou fundação como Agência Executiva poderá ser conferida mediante iniciativa do Ministério supervisor, com anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que verificará o cumprimento, pela entidade candidata à qualificação, dos seguintes requisitos: a) ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor; b) ter plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de custos, já concluído ou em andamento.”

⁸⁷ As agências qualificadas como executivas tiveram, a partir de 1998, com a edição da Lei 9.648, de 27.05.1998 e, depois pela Lei 11.107, de 06.04.2005, que alteraram o parágrafo único do art. 25 da Lei 8.666, de 21.06.1993, elevação do percentual para dispensa de licitação de 10% para 20%.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 432.

⁸⁹ Esse é o conceito que se pode retirar, em grande parte, da doutrina brasileira, para tanto, cita-se algumas outras definições de agências reguladoras: “São pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei e que somente por lei podem ser extintas. Exercem atividades e serviços administrativos (regulação e fiscalização da atividade econômica em sentido amplo), possuem capacidade administrativa, autonomia patrimonial, mas permanecem sob o controle e tutela do Estado quanto à sua organização, administração e fiscalização financeira” (CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 90-91); “[...] podemos conceituar as agências reguladoras independentes brasileiras como sendo as autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada,

Nessa esteira, ao proceder a definição de agência reguladora independente, JUSTEN FILHO conclui tratar-se de:

[...] autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta.⁹⁰

Há quem critique a conceituação de agência reguladora realizada de forma genérica, pois cada uma das agências, no Estado brasileiro, possui certas características próprias, oriundas de suas respectivas leis de criação e, por consequência lógica, da atividade que desenvolvem⁹¹. Apesar da crítica, entendeu-se relevante a tomada de uma visão horizontal sobre o que seriam tais entes, cada vez mais comuns e presentes na realidade pátria.

Desponta, neste diapasão, a ANATEL como verdadeira agência reguladora, não só por expressa previsão constitucional⁹², como em função da própria LGT.

incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*" (ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 275); "Agência reguladora, em sentido amplo, seria, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 434). Como exemplo, no Direito Comparado, tem-se na Argentina, segundo GORDILLO, que as agências reguladoras seriam "(...) organismos imparciales e independientes del poder concedente, que se ocupen en sede administrativa de la tutela de los derechos e intereses de los usuarios, sujeto al necesario contralor jurisdiccional. En la Constitución resultan pues una garantía de los usuarios que, sin reunir los mismos elementos propios de la garantía de acceso a la justicia, requiere su existencia como organismos imparciales e independientes, dotados de estabilidad y medios adecuados para el cumplimiento de sus fines." (GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. Tomo 1. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. XV – 5).

⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 344.

⁹¹ Nesse sentido, ver MENDES, para quem "cada um desses entes assim chamados possui características totalmente diversas entre si, muito casuísticas, que derivam das peculiaridades a que cada atividade regulatória deve atender. Analisar 'agências reguladoras' em abstrato, portanto, não passa de exercício intelectual demasiadamente improfícuo, através do qual se alcança quase nenhuma conclusão prática." (MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006).

⁹² Veja-se o artigo 21, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Vista essa visão geral acerca do conceito de agência e, mais especialmente, de agência reguladora, surge a necessidade de que se aborde a natureza jurídica destes entes.

1.3 Natureza Jurídica

Como visto, falar em agências reguladoras é falar em autarquias, porém, autarquias dotadas de certas peculiaridades que as colocam como sendo “especiais”.

Ademais, cumpre referir que dito conceito de autarquias de regime especial existe no Brasil desde a década de 1960, nesse sentido, a lição de MEDAUAR:

A expressão *autarquias de regime especial* surgiu, pela primeira vez, na Lei 5.540, de 28.11.1968, art. 4.º, para indicar uma das formas institucionais das universidades públicas. Nem esta lei, nem o Dec.-lei 200/67 estabeleceram a diferença geral entre as autarquias comuns e as autarquias de regime especial. As notas características das últimas vão decorrer da lei que instituir cada uma ou de uma lei que abranja um conjunto delas (como ocorre com as autarquias universitárias). Por vezes, a diferença de regime está na existência de mandato do dirigente, insuscetível de cessação por ato do Chefe do executivo. Por vezes, no grau menos intenso dos controles. Por vezes, no tocante à gestão financeira. Exemplos de autarquias especiais: no âmbito federal – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, as agências reguladoras, como ANEEL, ANATEL, parte das Universidades Federais.⁹³

É justamente a identificação do que seja esta caracterização de uma autarquia como “especial” que responderá qual a natureza jurídica das agências reguladoras.

Para não escapar do alvo do presente, não se aprofundará o exame das autarquias em geral, mas, tão somente, ver-se-ão suas características gerais – uma vez que fundamental à compreensão do tema – passando-se, então, ao

⁹³ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 71-72.

exame da natureza jurídica das agências reguladoras, autarquias de regime especial⁹⁴.

Extraí-se dos dizeres do insigne CIRNE LIMA que as autarquias, como “pessoas administrativas de natureza política e existência contingente, surgem no mesmo seio do Direito Administrativo, como obra da lei ordinária, prepostas imediata e exclusivamente à atividade da Administração Pública”⁹⁵. Seriam, segundo o autor⁹⁶:

[...] o serviço público, a que se reconhece personalidade jurídica. Não é uma corporação, por isso que lhe faltam associados ou membros. Não é tampouco uma fundação pura e simples, por isso que sua personificação se não explica meramente pelo propósito de dar destino a um patrimônio. [...] a personificação é antes necessitada pelas exigências da divisão do trabalho, na realização da tarefa estatal, a fim de que o Estado, graças à desagregação de alguns de seus serviços públicos, possa, com menor esforço ou dispêndio, imprimir-lhes à execução maior eficiência.⁹⁷

A definição realizada por CIRNE LIMA, pouco dista da de outros administrativistas brasileiros clássicos, sendo ponto comum a noção de que as autarquias são pessoas jurídicas de Direito Público, integrantes da Administração Indireta, dotadas de capacidade exclusivamente administrativa, com autonomia financeira e administrativa (ou seja, descentralizadas), e criadas por lei.⁹⁸

⁹⁴ Ressalta-se que as agências executivas também são consideradas como autarquias de regime especial, porém, neste ponto abordar-se-á o tema somente pelo enfoque das agências reguladoras.

⁹⁵ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. rev. e reelaborada por PASQUALINI, Paulo Alberto. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 127.

⁹⁶ O autor utiliza o termo “estabelecimento público” para tratar das autarquias.

⁹⁷ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. rev. e reelaborada por PASQUALINI, Paulo Alberto. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 145.

⁹⁸ Entre outros, veja-se: Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Caio Tácito, Themístocles Cavalcanti, Seabra Fagundes, Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Na oportunidade, citam-se: MEIRELLES, para quem as autarquias “são pessoas jurídicas de Direito Público, de natureza meramente administrativa, criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras ou serviços descentralizados da entidade estatal que as criou. Funcionam e operam na forma estabelecida na lei instituidora e nos termos de seu regulamento. As autarquias podem desempenhar atividades educacionais, previdenciárias e quaisquer outras outorgadas pela entidade estatal-matriz, mas sem subordinação hierárquica, sujeitas apenas ao controle finalístico de sua administração e da conduta de seus dirigentes” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65). E ainda, MOREIRA NETO: “Conceitua-se, portanto, a autarquia, como uma entidade estatal da administração indireta, criada por lei, com personalidade de direito público, descentralizada funcionalmente para desempenhar competências administrativas próprias e específicas, com autonomia patrimonial, administrativa e financeira” (MOREIRA NETO, Diogo de

A legislação brasileira consagrou as características supra, especialmente, na Constituição Federal e no Código Civil de 2002⁹⁹.

Importa referir que um dos aspectos mais relevantes das autarquias, ao lado de sua personalidade jurídica, é a autonomia que possuem para desenvolver suas atividades, o que significa seu real e efetivo caractere como entes descentralizados¹⁰⁰. Do contrário estar-se-ia diante da involução do instituto, o que remeteria a uma mera desconcentração.

Tendo isso como ponto de partida, e considerando-se que toda a agência reguladora é uma autarquia – ou seja, provida de todas as características atinentes às autarquias –, passa-se a exposição do que venha a ser o chamado regime especial que as identifica e dá sua natureza jurídica.

Vale lembrar que existe posicionamento no sentido de que a adjetivação das agências como autarquias de regime especial não atenderia a melhor técnica, posto que algumas autarquias possuem regime diferenciado de outras, como decorrência do princípio da especialidade¹⁰¹, razão pela qual deveriam ser as agências consideradas, observando-se sua função reguladora, como “autarquias reguladoras”¹⁰². Todavia, não parece haver maiores problemas o uso da expressão “autarquias de regime especial”, porque, na essência, são as singulares características a indicar ser uma autarquia, tipicamente, uma agência

Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial. 14. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 253).

⁹⁹ É o que denota a leitura do art. 37, XIX, da Constituição Federal e os artigos 40 e 41, IV, da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Cumpre mencionar que, em 1967, com o Decreto-lei 200, de 25.2.67, em seu artigo 5.º, I, houve uma tentativa de caracterização das autarquias como sendo “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. Tal definição, contudo, segundo BANDEIRA DE MELLO, pecou por deixar de referir a personalidade de Direito Público (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 156).

¹⁰⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 272.

¹⁰¹ Segundo DI PIETRO, as entidades da administração indireta estão sujeitas ao princípio da especialidade, que diz ser a atividade que elas exercem “especializada na matéria que lhe foi atribuída por lei” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 434).

¹⁰² Defende este entendimento: CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. **Interesse Público**, [S.l.]: v. 7, n. 35, p. 49-60, jan./fev. 2006.

reguladora. De tal modo, dá-se preferência à utilização da expressão já consagrada no Direito Administrativo pátrio: “autarquias de regime especial”.

As autarquias de regime especial, como regra geral, diferenciam-se das demais autarquias – não dotadas de tal regime – pela maior gama de privilégios que lhes confere a lei, de “modo a ampliar a sua autonomia e possibilitar o cumprimento adequado de suas finalidades”¹⁰³. Portanto, é através da lei, ao munir o ente autárquico de certas qualidades, que este terá regime especial, sendo insuficiente a mera aposição da nomenclatura referida para fins desta caracterização.

Como constata ARAGÃO¹⁰⁴, a simples atribuição da expressão “autarquia de regime especial”, não impõe nenhuma peculiaridade ao ente, trata-se, então, de regime especial meramente formal. Será, no entanto, de regime materialmente especial quando “realmente a autarquia possui um regime jurídico que lhe confere considerável autonomia em relação à Administração Pública centralizada” e esta considerável autonomia será, complementemente-se, atribuída por lei.

Então, há que se avaliar, de que forma desponta esse regime materialmente especial das agências reguladoras, ou melhor, quais seriam as particularidades apontadas – e aqui se fala em sentido genérico, sem adentrar nos aspectos concernentes a esta ou àquela agência, o que pode variar bastante em função da diversidade de configurações de seus regimes jurídicos – pela lei que vêm a conferir a mencionada “considerável autonomia”.

Consoante ensina JUSTEN FILHO¹⁰⁵, poder-se-ia dizer que são quatro os elementos fundamentais a justificar o regime especial, ao menos, como já se disse, de forma genérica. São eles: a) a competência regulatória, com poderes de intervenção, em sentido amplo, no domínio econômico e típico exercício do poder de polícia¹⁰⁶; b) a considerável redução do grau de subordinação das agências reguladoras em face da Administração direta, o que se daria pela maior

¹⁰³ AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 213, p. 141-148, jul./set. 1998.

¹⁰⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 273.

¹⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 343.

¹⁰⁶ O poder de polícia será abordado especificamente no ponto 1.6.

estabilidade de seus diretores/administradores, munidos de mandato por prazo determinado, sem possibilidade de demissão *ad nutum* pelo chefe do executivo¹⁰⁷; c) a não sujeição dos atos das agências reguladoras à revisão, por outra autoridade da Administração direta, senão perante ela própria ou o poder judiciário; d) a autonomia econômico-financeira, conferindo os meios para a execução de suas funções.

Em sentido análogo, COSTA FILHO, relaciona os seguintes critérios gerais para a tipificação da natureza jurídica de um ente regulador:

¹⁰⁷ Nesse diapasão, inclusive já decidiu o Supremo Tribunal Federal, consoante ementa: “I. Agências reguladoras de serviços públicos: natureza autárquica, quando suas funções não sejam confiadas por lei a entidade personalizada e não, à própria administração direta. II. Separação e independência dos Poderes: submissão à Assembléia Legislativa, por lei estadual, da escolha e da destituição, no curso do mandato, dos membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS: parâmetros federais impostos ao Estado-membro. 1. Diversamente dos textos constitucionais anteriores, na Constituição de 1988 - à vista da cláusula final de abertura do art. 52, III -, são válidas as normas legais, federais ou locais, que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação do Senado Federal ou da Assembléia Legislativa: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal. 2. Carece, pois, de plausibilidade a arguição de inconstitucionalidade, no caso, do condicionamento à aprovação prévia da Assembléia Legislativa da investidura dos conselheiros da agência reguladora questionada. 3. Diversamente, é inquestionável a relevância da alegação de incompatibilidade com o princípio fundamental da separação e independência dos poderes, sob o regime presidencialista, do art. 8º das leis locais, que outorga à Assembléia Legislativa o poder de destituição dos conselheiros da agência reguladora autárquica, antes do final do período da sua nomeação a termo. 4. A investidura a termo - não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras - é, porém, incompatível com a demissão *ad nutum* pelo Poder Executivo: por isso, para conciliá-la com a suspensão cautelar da única forma de demissão prevista na lei - ou seja, a destituição por decisão da Assembléia Legislativa -, impõe-se explicitar que se suspende a eficácia do art. 8º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo Governador do Estado, ou da superveniência de diferente legislação válida. III. Ação direta de inconstitucionalidade: eficácia da suspensão cautelar da norma argüida de inconstitucional, que alcança, no caso, o dispositivo da lei primitiva, substancialmente idêntico. IV. Ação direta de inconstitucionalidade e impossibilidade jurídica do pedido: não se declara a inconstitucionalidade parcial quando haja inversão clara do sentido da lei, dado que não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo: hipótese excepcional, contudo, em que se faculta a emenda da inicial para ampliar o objeto do pedido.” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Deferimento. Medida cautelar. Dispositivo. Lei estadual (RS). Ofensa. Princípio da separação e independência dos poderes. Subordinação. Assembléia legislativa. Decisão. Exoneração. Conselheiro. (AGERGS). (STF). Determinação. Suspensão. Dispositivo original. Inclusão. Redação. Lei nova. Plenário. Manutenção. Impossibilidade. Governador. Demissão "ad nutum". Ausência. Justa causa. Hipótese. Investidura a termo. Mandato. Agência reguladora lei estadual. Criação. Autarquia estadual. Autonomia financeira. Funcional. Administrativa. Finalidade. Manutenção. Continuidade. Serviço público. Delegação. Particular. Objetivo. Equilíbrio. Interesse privado. Obtenção. Lucro. Defesa. Interesse coletivo. Universalidade. Prestação. Serviço. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.949/RS. Recorrente Governador do Estado do Rio Grande do Sul e recorridos Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul e Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 18 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 mar. 2011).

(1) A estabilidade de seus gestores, investidos de um mandato fixo e impossibilidade de exoneração *ad nutum*; (2) independência técnico-decisional (ausência de hierarquia ou controle hierárquico), assegurando-lhe autonomia em sua administração e o poder de solucionar controvérsias relacionadas ao serviço; (3) autonomia normativa ou regulamentar, podendo o ente expedir normas com a finalidade de regular e fiscalizar o serviço; e (4) independência orçamentária e financeira, disponibilizando recursos para o desenvolvimento da atividade fim. Tais critérios tipificadores funcionam como uma lei universal, um imperativo categórico, para qualificar qualquer organismo estatal de agência reguladora em todos os ordenamentos jurídicos do mundo. Dessa forma, não importa a terminologia empregada nem o regime jurídico que as estruturou, desde que esses entes administrativos possuam os traços característicos discriminados, sua essência, ou melhor, sua natureza jurídica será sempre a de uma substancial agência reguladora.¹⁰⁸

É bem verdade que as características acima elencadas, em certo ponto, confundem-se com aquelas das autarquias “comuns”. É o que justifica a crítica já mencionada em outro momento¹⁰⁹. Talvez por isso haja quem prefira, simplesmente, considerar as agências reguladoras como autarquias de regime especial por causa do mandato fixo e direção colegiada de seus diretores/administradores¹¹⁰. De outra parte, considera-se a noção trazida por COSTA FILHO mais acertada, uma vez que melhor especifica a natureza do regime especial das agências, ainda que alguns elementos se aproximem das autarquias em geral, o que, ademais, não deveria causar estranheza, afinal, as agências reguladoras são uma espécie de autarquia.

Corroborando o exposto, conclui ARAGÃO que:

[...] as agências reguladoras são autarquias de regime especial tanto formal (as respectivas leis instituidoras as denominam como tal) como material (são asseguradas diversas prerrogativas que aumentam consideravelmente a sua autonomia em comparação com as demais autarquias, em especial a vedação de exoneração *ad nutum* dos

¹⁰⁸ COSTA FILHO, Vidalvo Silvio da. Análise da natureza jurídica da anatel. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 363, p. 373-389, 2002.

¹⁰⁹ Ver a NR 84.

¹¹⁰ Por exemplo: “[...] autarquia especial, por ser dotada de independência, que se manifesta, principalmente, pela atribuição de mandatos fixos a uma direção colegiada.” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 245-246).

membros do seu colegiado dirigente, nomeados por prazo determinado).¹¹¹

No que tange à natureza jurídica da ANATEL, por tudo o que foi exposto, tem-se que também se trata de uma autarquia de regime especial, o que encontra amparo expresso na LGT, que assim a caracteriza, uma vez que dotada de “independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”¹¹².

Isso significa que: a) pela independência administrativa, a Agência é dotada de insubmissão na sua atividade regulatória, o que, por vias reflexas legitima seu poder normativo e de polícia administrativa; b) pela ausência de subordinação, afasta-se a intervenção do Poder Executivo e de influências políticas, conferindo isenção a todo o seu exercício regulatório; c) o mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes têm o condão de aferir ainda maior expressão à autonomia da ANATEL; e d) a autonomia financeira possui a carga de garantia ao exercício de suas competências.

1.4 Direito Administrativo Sancionador: compreensão geral do tema

O Direito Administrativo Sancionador, nas lições de NIETO¹¹³, estava até bem pouco tempo (meados do século XX) em uma zona de penumbra, situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, mas de qualquer forma, abandonado por ambas as disciplinas¹¹⁴.

¹¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 274.

¹¹² Art. 8.º, § 2.º, da Lei Geral de Telecomunicações. (BRASIL. **Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 06 set. 2009).

¹¹³ NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 3. ed. ampl. Madrid: Tecnos, 2002, p. 15.

¹¹⁴ “Los administrativistas, en cualquier caso, se limitaban a comentar los preceptos que aparecían en las leyes sectoriales, sin intentar siquiera una sistematización mínima o una fundamentación, por sumaria que fuese, de una Parte o Teoría General. Algo más diligentes se mostraban los penalistas, quienes, al menos, se han preocupado siempre de separar las dos clases de ilícitos y

Em realidade, a discussão aponta para o próprio poder punitivo estatal em suas duas principais vertentes: penal e administrativa. Coisas que em tempos mais remotos se confundiam, especialmente nos Estados absolutistas em que não havia separação entre a atividade administrativa e a judicial, já que ambas eram emanadas da mesma fonte e, geralmente, de forma totalmente discricionária.

O que se sucedeu então foi o debate para saber qual seria a delimitação do Direito Administrativo Sancionador, como exercício do *ius puniendi* do Estado, daquele exercido no Direito Penal¹¹⁵, ou seja, “si esa aplicación administrativa del *ius puniendi* general puede separarse en sus principios de los establecidos con el mayor rigor para la aplicación penal por los jueces desde los orígenes del Estado de Derecho.”¹¹⁶

Dessa forma é que, durante muito tempo, as sanções administrativas foram vistas como verdadeira expressão de um poder político puramente discricionário em seu exercício pelo Estado. Somente mais tarde é que se identificou a impossibilidade de sanções discricionárias, as quais deveriam ser antecipadamente previstas em lei e sempre referentes a um determinado fato,

de reflexionar sobre su régimen jurídico”. (NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 3. ed. ampl. Madrid: Tecnos, 2002, p. 15).

¹¹⁵ Importante referir a existência de diferenças entre as sanções administrativas e as sanções penais, o que não se abordará por estrita manutenção na delimitação do tema proposto. Sobre essas diferenças, veja-se a preleção de MEDINA OSÓRIO: “[...] no Direito Administrativo as sanções estão, historicamente, ligadas ao poder de polícia ou ordenador da Administração Pública, ou seja, às funções administrativas de polícia, ao passo que no Direito Penal estão elas conectadas profundamente ao Poder Judiciário, é dizer, às funções jurisdicionais do Estado, embora tais peculiaridades estejam longe de constituir traços definitórios das distintas espécies de penas, ao menos em termos de critério pacificado na doutrina. [...] Muito se discutiu, na doutrina europeia, sobre as diferenças ontológicas entre sanções penais e administrativas, debate que restou superado. Sem embargo, há quem diga que, no plano estritamente jurídico, as sanções penais e administrativas se diferenciariam (a) quanto aos fins, (b) quanto ao alcance, ou, ainda, (c) quanto aos aplicadores, diferenças que, para uma e outra corrente de pensamento, haveriam de projetar-se, modo necessário, nos distintos regimes jurídicos a que submetidas tais espécies de sanções estatais.” (MEDINA OSÓRIO, Fábio. O conceito de sanção administrativa no direito brasileiro. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 330).

¹¹⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. II. 7. ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 165.

que, ainda que dotado de maior indefinição, pudesse ser ao menos delimitável¹¹⁷, tal qual um conceito jurídico indeterminado.

Sendo assim, chega-se à ideia de que as condutas sancionáveis não podem ser qualquer uma, mas devem possuir tipificação legal, possibilitando aos particulares conhecer com alguma segurança o âmbito do ilícito e do sancionável. Ainda assim, a estrutura dos processos administrativos seguia deixando vigentes velhas estruturas dos Estados policialescos.¹¹⁸

Assim foi que na Espanha se produziu importante construção jurisprudencial, na década de 1970, reconhecendo-se a aplicação de princípios penais no campo administrativo sancionador do Poder Público, o que logo em seguida foi reforçado pela Constituição daquele país, datada de 1978. Nessa esteira preleciona ENTERRÍA que:

Tal situación, determinada por la formación histórica de este poder administrativo, por su evolución independiente como un simple instrumento de efectividad coercitiva, sin otras consideraciones, por la inexistencia de un cuadro normativo común dentro del cual integrar cada una de sus manifestaciones singulares, intentó ya tardíamente corregirse mediante una entrada en juego de los principios generales del Derecho Penal concebidos como principios generales del Derecho sancionador. Es la jurisprudencia preconstitucional, y fue una de sus mejores aportaciones, la que comienza esta vía (Ss. De 2 y 25 de marzo de 1972, como más significativas, rectificando una postura que en general legitimaba el uso que la potestad sancionatoria venía haciendo la Administración), que quedará confirmada por la Constitución misma.¹¹⁹

Dessa forma, o artigo 25 da Constituição da Espanha¹²⁰ apresenta-se como preceito fundamental a justificar a aproximação do Direito Administrativo Sancionador com o Direito Penal, funcionando como uma fórmula comum a

¹¹⁷ O que remete ao princípio da legalidade e da tipicidade. Ordinariamente, nesse viés, princípios de Direito Penal.

¹¹⁸ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. II. 7. ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 165. O referido autor cita alguns exemplos destas estruturas que teriam permanecido em vigor, como a “presunción de verdad de la decisión administrativa frente a presunción de inocencia del imputado, correlativa carga de probar la inocencia al sancionado, ejecutoriedad inmediata del acto administrativo sancionador frente al carácter suspensivo de los recursos procesales contra las sentencias condenatorias”. (p. 165).

¹¹⁹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. II. 7. ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 166.

¹²⁰ “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.” ESPANHA. **Constitución española**. Disponível em: <<http://narros.congreso.es/constitucion/index.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2009.

prever o respeito, por ambas as disciplinas, de princípios como a legalidade, a tipicidade, a irretroatividade etc.

Certamente não se está a falar em simples transposição de princípios de um contexto para o outro¹²¹. A aplicação de princípios gerais do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador¹²² deve ser feita como ponto de referência, observando-se sempre que o segundo não deve ser construído com base no

¹²¹ Aliás, no Brasil este vislumbre era quase que totalmente afastado (em realidade, pode-se dizer que nunca houve no país uma evidente distinção entre os poderes sancionadores do Estado – assim é que afirmou HUNGRIA: “a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico [...] ilicitude e penas administrativas e ilicitude e penas criminais são substancialmente análogas, não passando a separação entre o poder penal administrativo e o poder penal comum de um critério meramente oportunístico ou político”. (HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 15-22, Seleção histórica) –, embora atualmente se reconheça a independência entre os juízos criminal e administrativo), parcela da doutrina brasileira admitia, todavia, o uso analógico de princípios penais no direito administrativo disciplinar, desde que com temperamentos. Exemplificando: “[...] o direito disciplinar está mais aproximado do direito administrativo do que do direito penal. O direito penal procura absorver com seus princípios, sob a influência, aliás, de idéias autoritárias, outras disciplinas jurídicas, especialmente o direito administrativo e o disciplinar, procurando uniformizar o regime das sanções e penetrando na vida administrativa, no campo das contravenções e das infrações administrativas, de um modo geral. Mas esta orientação só pode ser nociva à própria atividade do Estado, porque a vida disciplinar como a administrativa, no que diz com a obediência aos regulamentos administrativos, deve-se movimentar dentro de um setor fechado que compreenda a vida do Estado na esfera puramente administrativa. Esta tem um sentido restrito, compreende a administração propriamente dita, os meios diretos de que dispõe o Estado para manter os seus serviços. Neste terreno devem o direito disciplinar e o administrativo ficar imunes da influência de outras normas que não aquelas ditadas pelo Estado. O direito penal tem um sentido amplo, e interessa menos ao Estado como entidade jurídica do que à sociedade em geral, à coletividade humana, na sua proteção contra elementos destruidores. [...] A invasão do direito disciplinar pelo direito penal representa uma influência prejudicial, porque atribui maior rigidez às suas normas, tira ao direito disciplinar certas peculiaridades que amenizam a sua aplicação e temperam o rigor de suas regras, com a conveniência e a equidade. [...] pode-se concluir que, somente por analogia, e tendo-se sempre em vista a diferenciação das duas sanções (geral e disciplinar) quanto ao seu conteúdo e quanto à sua finalidade, é lícito aplicar às infrações disciplinares os princípios do direito penal.” (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Direito e processo disciplinar**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966, p. 102-103).

¹²² Tema já bastante explorado na doutrina espanhola por diversos autores, entre eles: ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. v. 1 e 2; NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006; LORA, Alejandro Huergo. **Las sanciones administrativas**. Madrid: Iustel, 2007; CASTILLO, María Jesús Gallardo. **Los principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica**. Madrid: Iustel, 2008; RINCÓN, Jose Suay. **Sanciones administrativas**. Studio Albornotiana. Bolonia: Publicaciones del Real Colégio de España, 1989; MERCADO, Francisco García Gómez de. **Sanciones administrativas: garantías, derechos y recursos del presunto responsable**. 3. ed. Granada: Editorial Comares, 2007.

primeiro, mas a partir do próprio Direito Administrativo, do qual é parte integrante, e, sem olvidar das diretrizes constitucionais e de Direito Público¹²³.

Ya que prácticamente se acepta que no hay límites de extensión a la potestad sancionadora de la Administración, como una especie de compensación, se la ha sometido a estrictos límites relativos a su forma y condiciones de ejercicio y a su pleno control judicial. Esto se ha hecho construyendo un Derecho Administrativo sancionador que guarda un cierto paralelismo y toma su inspiración del Derecho Penal y, en cuanto a las garantías formales, del Derecho Procesal Penal. Ni éste ni aquél son, desde luego, directa ni supletoriamente aplicables. La potestad sancionadora de la Administración se rige por reglas propias de Derecho Administrativo, pero por reglas propias similares o, a veces hasta idénticas a las del Derecho Penal. No se ha hecho así por puro voluntarismo del legislador. Ciertos derechos y garantías fundamentales tienen que respetarse en uno y otro ámbito sin que puedan evaporarse por la fácil vía de confiar el castigo a la Administración en vez de a los jueces.¹²⁴

Trata-se, assim, de reconhecer, também no campo do Direito Administrativo, a necessidade de proteção material e formal dos direitos e garantias fundamentais.

Daí porque o Direito Administrativo Sancionador apresenta-se tão alinhado com os modernos Estados Democráticos de Direito, ganhando cada vez mais espaço¹²⁵.

Disso decorrem os seguintes princípios e postulados (em sua expressiva maioria oriundos do Direito Penal e Processual Penal) no tocante ao Direito Administrativo Sancionador, sem prejuízo de outros que venham a ser reconhecidos: princípio da legalidade; princípio da tipicidade; princípio do devido processo legal formal e substancial; princípio do *non bis in idem*; princípio da culpabilidade; princípio da capacidade infratora; princípio da pessoalidade da

¹²³ NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 3. ed. ampl. Madrid: Tecnos, 2002, p. 28.

¹²⁴ PUIG, Manuel Rebollo. El derecho administrativo sancionador. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 265.

¹²⁵ No direito brasileiro inclusive, tendo como exemplo expressamente reconhecido pela Constituição de 1988 a observância do contraditório e da ampla defesa, decorrências lógicas do devido processo legal, nos processos administrativos, previsão que se encontra no inciso LV do artigo 5.º da Carta Política (“LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”). (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2009).

sanção; princípio da individualização da sanção; princípio da presunção de inocência; princípio da motivação das decisões sancionadoras; princípio da prescrição; postulado da proporcionalidade; e postulado da razoabilidade¹²⁶.

Destarte, a admissão de tais princípios e postulados no campo do Direito Administrativo e particularmente quando vistos sob o viés “Sancionador”, demonstra a importância da matéria quando contrastada com as bases de um Estado Democrático e de Direito, onde o respeito a esses axiomas é capital.

Com isso, o Direito Administrativo Sancionador desponta com elevada relevância nos modernamente chamados Estados Reguladores¹²⁷, cuja origem se dá a partir da falência do Estado Social, com o movimento de diminuição do aparato estatal e surgimento, como já apontado¹²⁸, das Agências Reguladoras, marcando um novo modelo estatal.

Então, passa o Estado da figura de prestador para a de regulador¹²⁹, o que significa uma ainda maior abrangência para o próprio Direito Administrativo Sancionador – como fundamento da aplicação e também da criação de infrações

¹²⁶ Sobre a questão dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade remete-se à obra: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. Ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. Para o autor tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade são postulados normativos aplicativos, com o que se concorda, “na medida em que se aplicam para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, especialmente para solucionar antinomias contingentes, concretas e externas”. (p. 133).

¹²⁷ Veja-se a NR 1.

¹²⁸ Capítulo 1.1.

¹²⁹ Não obstante, cumpre anotar que o Estado Regulador não promove uma ruptura integral como prestador de serviços, porquanto em certos aspectos continua a exercer atividades dessa natureza, *vide*, por exemplo, a segurança pública, a saúde etc. E tal não se dá nem mesmo no âmbito do domínio econômico, como bem alerta GRAU: “Afirmada a adequação do uso do vocábulo *intervenção*, para referir atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito* (‘domínio econômico’), reafirmo a classificação de que tenho me valido, que distingue três modalidades de *intervenção*: *intervenção por absorção* ou *participação* (a), *intervenção por direção* (b) e *intervenção por indução* (c). No primeiro caso, o Estado intervém no domínio econômico, isto é, no campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico. Intervirá, então, por *absorção* ou *participação*. Quando o faz por *absorção*, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da *atividade econômica em sentido estrito*; atua em *regime de monopólio*. Quando o faz por *participação*, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da *atividade econômica em sentido estrito*; atua em *regime de competição* com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor. No segundo e no terceiro casos, o Estado intervirá sobre o domínio econômico, isto, sobre o campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade.” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 146-147).

e sanções administrativas –, pois passa a ser essencial às atividades dessa natureza desenvolvidas pelas Agências Reguladoras.

Trata-se de uma decorrência quase que natural.

Inegavelmente os Estados Reguladores caracterizam-se como Estados Democráticos de Direito, o que torna imperiosa a observância de princípios tais como o devido processo legal, a legalidade e a tipicidade, por exemplo.

Princípios que passam a assumir elevada consideração também no campo administrativo e, conseqüentemente, no regulatório. Afinal, as Agências Reguladoras, inclusive a ANATEL, funcionam e atuam como Administração Pública – mormente em países como o Brasil, onde são consideradas autarquias de regime especial –, e, como reguladoras de determinado setor, estão incumbidas de certas competências sancionadoras, porém, deverão sempre observar os princípios e postulados de Direito Administrativo Sancionador, sob pena de ruptura da própria ideia de Estado Democrático de Direito.

Aliás, a razão disso é plenamente compreensível. Com o fim do modelo de Estado absolutista e surgimento do liberalismo, pretendeu-se, sobretudo, proteger os indivíduos da atividade policlesca estatal, reconhecendo-lhes direitos e garantias individuais. Seguiu-se então um movimento de assistencialismo por parte do Estado, a fim de garantir maior isonomia entre os cidadãos, porém, sem que isso significasse a abolição daqueles direitos e garantias outrora concedidos¹³⁰.

¹³⁰ REALE, ao abordar a experiência estadunidense, em estudo sobre as estruturas jurídico-políticas, identificou esta tendência ao afirmar, no bojo do que considera uma economia socializada, que: “A bem ver, o que prevalece na sociedade norte-americana é a consciência de que é possível alargar a esfera de participação do povo nos bens propiciados pelo progresso científico, sem se abandonar o legado do liberalismo, no que êste tem de essencial e definitivo, que é o reconhecimento e a garantia de direitos individuais, inerentes à pessoa humana e insuscetíveis de serem postergados pelo Estado [...] essa atitude de revisão crítica dos princípios tradicionais revela-se em vários setores, como, por exemplo, com a progressiva substituição de um federalismo estático e exclusivista por um ‘federalismo dinâmico e cooperativo’, tendente a estabelecer maior equilíbrio entre as várias regiões do país, com o alargamento do poder de interferência do Estado na esfera econômica, e o fortalecimento do Executivo federal, a fim de limitar ou excluir o poderio desmedido dos trustes na vida nacional; com a atividade pioneira do Estado em áreas territoriais ou econômicas, onde se fazia sentir a insuficiência ou a demora da participação da iniciativa privada [...]”. (REALE, Miguel. Estruturas jurídico-políticas contemporâneas. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 13, p. 145-155, jul./set. 1970).

Entende-se, dessa forma, que o Direito Administrativo Sancionador seria o elemento primordial, considerando-se o atual modelo estatal, de manutenção e proteção dos mesmos direitos e garantias lançados pelo liberalismo e preservados durante o Estado Social, notadamente frente à atividade sancionadora das Agências Reguladoras.

Nessa perspectiva surge, no tocante às telecomunicações brasileiras, um quadro em que se encontram, de um lado as pessoas jurídicas exploradoras dos serviços de telecomunicações sob concessão, autorização ou permissão da União, e, de outro, a ANATEL e os usuários dos referidos serviços.

Ou seja, dessa situação ressalta uma aparente dicotomia de Direitos Fundamentais constitucionalmente tutelados pelo Estado, onde se tem, sob um prisma, aqueles relativos às grandes empresas do setor e, sob outro aqueles que dizem respeito com os consumidores, usuários do serviço público.

De certa forma, a ANATEL, assim como outras Agências Reguladoras, desempenha o papel de buscar uma “harmonização” entre esses interesses¹³¹.

E os Direitos Fundamentais dos entes privados, diretamente regulados pela Agência Reguladora de Telecomunicações, encontram-se, por exemplo, no conhecimento prévio das “regras do jogo”, quer dizer, no respeito ao princípio da legalidade; no devido processo legal administrativo, com respeito ao contraditório e à ampla defesa na aplicação de sanções administrativas etc.

Com base nessa aparente dicotomia é que ressalta o âmbito de ingerência do Direito Administrativo Sancionador.

Então, se por um lado os cidadãos têm tutelados Direitos Fundamentais contra a atuação imperativa do próprio Estado e, agora também, de outras entidades privadas – no caso as empresas de telecomunicações –, por outro, também os possuem as empresas reguladas, cuja exigência de observância se

¹³¹ Conclusão que se chega tendo em vista as transformações sofridas pelo Estado, já anteriormente abordadas, na medida em que, com a falência do Estado Social e a passagem de diversos serviços antes executados exclusivamente pelo Estado para o Setor Privado, buscou-se nas Agências Reguladoras uma maneira de controlar a prestação desses serviços, a fim de proteger os cidadãos de eventuais condutas puramente mercantilistas do setor privado. Sem mencionar, também, a questão atinente à qualidade dos serviços, que deveriam ser eficientes, modernos, atendendo a um mínimo exigível para suprir às necessidades da população, bem como mediante contraprestação justa, módica.

dá por via direta perante a ANATEL, notadamente quando da criação e aplicação de sanções e infrações administrativas¹³².

Desta relação emerge a importância do poder de polícia e do poder administrativo sancionador para a atividade da ANATEL, como expressão de uma regulação eficaz e reta. Assim, será pelo poder de polícia¹³³ que a Agência visará dar efetividade à lei, legitimando-se para atuar de forma fiscalizadora e preventiva em relação aos prestadores de serviços. Já pelo poder administrativo sancionador, a Agência imporá sanções e privações aos descumpridores das normas pertinentes e aplicáveis casuisticamente, como se verá no item 2.3.

1.5 Poder disciplinar

Cumpra tecer breves comentários acerca do poder disciplinar, ainda que não seja o objeto da presente análise, a fim de demonstrar que não se confunde com o poder administrativo sancionador.

Historicamente o Poder Disciplinar é entendido como aquele oriundo de um poder sancionatório¹³⁴ da Administração Pública em relação aos próprios titulares de seus Órgãos, quer dizer, punição dos servidores públicos face a inobservância ou cometimento de infração prevista em determinações internas, como ordens de serviço, instruções, ordens individuais, decisões administrativas,

¹³² Essa dicotomia entre os direitos fundamentais de usuários e empresas será mais bem analisada no Capítulo 2.

¹³³ Já de muito tempo MOREIRA NETO observava que “quanto mais complexa a atividade social, mais necessário se torna o Poder de Polícia” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Considerações sobre o poder de polícia. *Jurídica*, Rio de Janeiro, ano XVII, n. 117, p. 184-199, abr./jun. 1972) o que o justifica, com ainda maior razão no campo do direito regulatório.

¹³⁴ Veja-se a lição de DUARTE: “O poder disciplinar, *in genere*, pode dizer-se, do ponto de vista orgânico, e mesmo material e formal, atua por uma determinada forma de sanções, imprescindíveis à ordem e à disciplina da própria administração, na execução de seus serviços ou no exercício de suas funções. Os servidores que têm as suas atividades ligadas àquele ordenamento, contribuindo para a realização daqueles fins gerais e superiores, que se alcançam através da administração, obedecem a um regime jurídico em que imperam princípios de disciplina, de hierarquia, de autoridade e de obediência. Têm deveres que decorrem de sua própria relação jurídica com o Estado. A vulneração desses deveres expressos ou implícitos, provoca uma reação, em face do comprometimento da hierarquia e da disciplina. Exerce-se, então, o poder disciplinar através da sanção”. (DUARTE, José. O poder disciplinar. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro/São Paulo, n. 50, p. 1-27, out./dez. 1957).

bem como da própria Lei e Regulamentos, dentro do âmbito de relação Administrador/Servidor.¹³⁵

Nesta linha o ensinamento de MEIRELLES:

Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente.¹³⁶

Quando o autor supra faz menção a pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração, está se referindo àqueles casos em que haja uma especial sujeição à disciplina interna da Administração, como ocorre, por exemplo, entre uma escola pública e seus alunos; na relação com os internos do sistema penitenciário etc.¹³⁷

O Poder Disciplinar, ao contrário do Poder Sancionador e daquele poder punitivo do Estado no âmbito penal, possui como característica a possibilidade de a Administração aplicar e graduar as sanções de acordo com motivos de conveniência e oportunidade casuisticamente considerados¹³⁸.

Nesse prisma já dizia BARROS JÚNIOR:

[...] em tema de responsabilidade disciplinar, sempre reconheceu a doutrina dos mais diversos países, que, em princípio, as autoridades administrativas dispõem da faculdade, não só de qualificar a infração disciplinar e, com certa latitude, graduar a responsabilidade do acusado, assim como, segundo os casos, por motivos de superiores interesses da própria administração, ou mesmo em razão de equidade e oportunidade, de renunciar à aplicação da pena.

Essa discricionariedade é, aliás, princípio que domina a matéria disciplinar. Parece fundar-se em que poderiam ocorrer razões, de interesse da própria administração, para que, num caso determinado, se

¹³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Vol. I. Introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 569-570.

¹³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 120.

¹³⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. II. 7. ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 168.

¹³⁸ Ainda que não se desconheça da existência de vinculação da Administração nesses atos, embora em níveis diferentes, dir-se-ia até mitigados em determinados casos, entretanto por não ser diretamente o objeto do presente estudo deixa-se de aprofundar a questão.

abstivesse esta da aplicação de penalidade, ou mesmo, de proceder a qualquer verificação de responsabilidade funcional. Tanto mais quanto é certo que a boa marcha do serviço público é que determina a responsabilidade disciplinar, de natureza *interna*, e, pois, de interesse imediato da própria Administração.¹³⁹

Outrossim, diz-se que a aplicação de pena de caráter disciplinar, embora dotado o Poder Disciplinar de discricionariedade, constitui-se em um “poder-dever”, sendo obrigação do superior hierárquico a punição do infrator, pois do contrário configura-se hipótese de crime contra a Administração Pública consoante previsto no artigo 320 do Código Penal Brasileiro.¹⁴⁰

Igualmente, o Poder Disciplinar não pode ser aplicado de maneira arbitrária, devendo sempre haver a devida vinculação a critérios jurídicos (princípios gerais do direito e normas administrativas específicas), bem como à motivação da punição.¹⁴¹

Em suma, essas são as principais características do Poder em exame, sendo a principal diferença existente com relação ao Poder Sancionador aquela atinente ao sujeito passivo das sanções de um e de outro, pois o Poder Sancionador diz respeito à aplicação de sanções em nível externo, ou seja, em relação aos administrados, significa dizer, o poder que detém a Administração de sancionar os particulares; enquanto que o Poder Disciplinar se dá estritamente no âmbito interno da Administração, quer dizer, a relação especial de poder disciplinar da Administração para aplicação de sanções relativamente aos seus servidores.

1.6 Distinção entre poder de polícia e poder sancionador

¹³⁹ BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. **Do poder disciplinar na administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 21.

¹⁴⁰ “Todo chefe tem o poder e o dever de punir o subordinado quando este der ensejo, ou, se lhe faltar competência para a aplicação da pena devida, fica na obrigação de levar o fato ao conhecimento da autoridade competente. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 121).

¹⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 122.

Um dos importantes fundamentos do Direito Administrativo Sancionador – e como se verá adiante, com distinta significação no tocante à regulação das telecomunicações – é a diferenciação entre poder de polícia e poder sancionador.

Essa diferença vai embasar e explicar muito da própria atividade regulatória do Estado, delimitando-a.

Ressalve-se, no entanto, que esta distinção não é aceita de forma unânime na doutrina e jurisprudência pátrias¹⁴². O que se percebe na realidade é certa confusão entre os institutos do poder sancionador com o poder de polícia, haja vista a estreita relação existente entre ambos. É o que se pretenderá elucidar a seguir.

Historicamente o poder de polícia é relacionado com os Estados Absolutistas, em que se concentravam na figura do monarca as funções legislativas, judiciais e administrativas¹⁴³, de modo que o poder de polícia apresentava-se como a potestade do rei de fazer valer as leis ou regramentos por ele emanados¹⁴⁴.

Deflagrada a separação dos poderes estatais, com o advento dos Estados Liberais, verifica-se uma diminuição daquele antigo poder de polícia exercido pelos “príncipes”, como bem observa RODRIGUES:

Com a superveniência do Estado liberal de Direito opera-se uma mudança no conteúdo do poder de polícia (e que até hoje basicamente se mantém), mais exatamente uma redução do seu conteúdo apenas a

¹⁴² Autores administrativistas clássicos sequer fazem tal diferenciação, incluindo o poder sancionador no próprio poder de polícia. Quem a faz, em primeira mão e na linha da escola espanhola é MEDINA OSÓRIO, apesar de ainda ser posicionamento minoritário. Diz o referido autor: “Sem embargo, não prospera, em sua globalidade, a teoria de que o poder sancionador estaria integrado no poder de polícia, diante das peculiaridades do direito administrativo sancionador, suas garantias, sua generalidade, tipicidade, legalidade, incompatibilidade com a flexível e extremamente elástica natureza que deveria ostentar para ser considerado integrante do poder de polícia” (MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 109).

¹⁴³ Nesse contexto se deu a célebre frase do Rei Luís XIV: “L.Etat c’est moi”.

¹⁴⁴ Assim é a lição de SAMPAIO, em obra de 1793: “Por Direito da Polícia entendemos a autoridade, que os Príncipes tem para estabelecerem e proverem os meios, e subsidios, que facilitem, e promovão a observancia das suas Leis. Os meios são principalmente a cultura das Disciplinas, o augmento da Populaçãõ, a saude dos Povos, o Comércio, a Agricultura, as Manufacturas.” (SAMPAIO, Francisco Coelho de Souza e. **Prelecções de direito patrio publico e particular, offerecidas ao serenissimo Senhor D. João Principe do Brasil** / por Francisco Coelho de Souza e S. Paio. Coimbra: Na Real Imprensa da Universidade, 1793-1805. - 3 partes em 1 v., p. 138-139. Disponível em: <<http://www.bnportugal.pt>>. Acesso em: 23 ago. 2009.

determinadas atividades estatais. Existe uma lógica interna a essa redução material do conceito de polícia, vez que o Estado liberal é um Estado que se caracteriza sobretudo como um "Estado mínimo" desde um ponto de vista das liberdades do indivíduo, sobretudo as liberdades econômicas. Assim, no Estado liberal do século XIX o poder de polícia passa a designar (somente) um poder (ou competência) do Estado (ou da Administração Pública) de limitar ou restringir a liberdade e a propriedade dos administrados em nome da segurança e da ordem públicas (ou: do interesse público, ou do interesse coletivo). Por outro lado, mesmo nesse caso, é possível ainda afirmar que o poder de polícia pretende grosso modo definir o inteiro conjunto de atividades administrativas a cargo do Estado liberal e que se destinam à execução da legislação. Apenas essas tarefas, em face da ideologia intrínseca do Estado liberal, foram quantitativa e qualitativamente reduzidas (se comparadas às atividades do anterior Estado absolutista) em favor de uma ampliação proporcional das atividades de livre autonomia e/ou de livre iniciativa dos particulares.¹⁴⁵

É na França então que melhor se desenvolve essa nova concepção de poder de polícia, após a eclosão da Revolução Francesa, de 1789, tendo como guia a ideia de liberdade tão preconizada por este movimento¹⁴⁶.

A partir disso é possível perceber a atuação do Estado não mais de forma impositiva, ativa e discricionária como nos períodos absolutistas, mas negativa, consistente em evitar perturbações de ordem pública e assegurar o exercício de direitos e liberdades individuais.

Segue-se então um movimento contrário, no sentido de limitação desses próprios direitos e liberdades individuais em favor dos interesses públicos e sociais¹⁴⁷.

Deste modo, o poder de polícia passa a dizer com o exercício estatal de limitação de direitos e liberdades individuais como instrumento de defesa social em sentido amplo.¹⁴⁸

¹⁴⁵ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos de um poder de polícia administrativo à brasileira. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 17, set. 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12 ago. 2009.

¹⁴⁶ Lembrando que a Revolução Francesa, notadamente inspirada na Revolução Americana de 1776, foi baseada sob três grandes pilares ideológicos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Com base nesses ideais libertários e liberais foi que a França revolucionária proclamou a Declaração de Direitos do Homem, cuja consequência direta foi a diminuição dos poderes estatais intervencionistas em detrimento do aumento das liberdades individuais.

¹⁴⁷ Assim é que: "A medida, porém, que se acentua, no interior da sociedade, a desigualdade entre os indivíduos, especialmente pelo abuso do poder econômico, a ação repressiva do Estado evolui no sentido do crescente intervencionismo: o princípio da autoridade se torna dinâmico, agindo, em função do interesse público, para restringir e condicionar o exercício de direitos e liberdades por indivíduos, grupos ou classes". (TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 135).

Evidentemente que para limitar direitos e liberdades individuais, não poderia o Estado fazê-lo como mero exercício de um poder administrativo, ou seja, por parte do Poder Executivo. Admitir tal afirmação significaria um indesejável retrocesso ao modelo absolutista anteriormente mencionado. A solução logicamente decorrente dos Estados Liberais e Democráticos de Direito foi que o poder de polícia, como limitação de direitos e liberdades individuais, somente poderia se dar pelo Estado enquanto legislador, uma vez que, “apenas por lei se pode limitar e condicionar liberdades e direitos, enquanto que a *função de polícia*, como aplicação da lei, é exercida pelo Estado enquanto *administrador*”¹⁴⁹.

Chega-se então ao seguinte conceito de poder de polícia¹⁵⁰:

¹⁴⁸ TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 135.

¹⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial. 14. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 396. (Grifos do autor).

¹⁵⁰ Importante assinalar, apesar de fugir do foco que ora se pretende dar ao tema, a existência de crítica quanto ao termo “poder de polícia”. Crítica esta que é liderada a partir da década de 1960 pelo jurista argentino Agustín GORDILLO, para quem a noção jurídica do instituto seria errônea, vez que daria azo à interpretação ambígua, como se o poder de polícia fosse fundamento suficiente para limitar direitos e liberdades individuais, antes, tal limitação deveria provir de dispositivos legais ou constitucionais aplicáveis ao caso concreto. (GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: La defensa del usuario y del administrado. Tomo 2. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000). Entre os juristas brasileiros a tese encontra repercussão nas seguintes obras: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997; e mais expressivamente em BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, para quem: “Trata-se de designativo extremamente infeliz. Engloba, sob um único nome, coisas radicalmente distintas, submetidas a regimes de inconciliável diversidade: leis e atos administrativos; isto é, disposições superiores e providências subalternas. Já isto seria, como é, fonte das mais lamentáveis e temíveis confusões, pois leva, algumas vezes, a reconhecer à Administração poderes que seriam inconcebíveis (no Estado de Direito), dando-lhe uma sobranceira que não possui, por ser imprópria de quem nada mais pode fazer senão atuar com base em lei que lhe confira os poderes tais ou quais e a serem exercidos nos termos e forma por ela estabelecidos. Além disto, a expressão ‘poder de polícia’ traz consigo a evolução de uma época pretérita, a do ‘Estado de Polícia’, que precedeu o Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do ‘príncipe’ e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciocina-se como se existisse uma ‘natural’ titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato ‘poder de polícia’. Daí imaginar-se algumas vezes, e de modo mais ingênuo, que tal ou qual providência – mesmo carente de supedâneo em lei que a preveja – pode ser tomada pelo Executivo por ser manifestação de ‘poder de polícia’. A crítica dos inconvenientes desta expressão foi admiravelmente bem feita por Agustín Gordillo, a quem hoje damos razão e segundo quem melhor seria que fosse banida do vocabulário jurídico. Atualmente, na maioria dos países europeus (de que a França é marcante exceção), em geral, o tema é tratado sob a titulação ‘limitações administrativas à liberdade e à propriedade’, e não mais sob o rótulo de ‘poder de polícia’.” (p. 791).

[...] denomina-se *polícia* à função administrativa que tem por objeto aplicar concreta, direta e imediatamente as limitações e os condicionamentos legais ao exercício de direitos fundamentais, compatibilizando-os com interesses públicos, também legalmente definidos, com a finalidade de possibilitar uma conveniência ordeira e valiosa.¹⁵¹

Igualmente para MEIRELLES:

Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o *poder de polícia* é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.¹⁵²

O poder de polícia é, portanto, exercício de controle, de fiscalização direta das atividades dos particulares (administrados) para a manutenção do interesse público¹⁵³.

Seria possível então, em uma fórmula simples, dizer que o poder de polícia (ou poder administrativo de polícia) trata-se da atividade da Administração Pública de vigiar, geralmente dotada de caráter preventivo. Poder-se-ia afirmar até que o poder de polícia, como tal, remonta à antiga fórmula da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (fórmula essa que hoje já não pode mais ser vista de maneira absoluta, mas sempre através das lentes do postulado da proporcionalidade)¹⁵⁴.

¹⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial. 14. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 396. (Grifos do autor).

¹⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 127. (Grifos do autor).

¹⁵³ No mesmo sentido, CRETELLA JÚNIOR: "Poder de polícia é a faculdade discricionária do Estado de limitar a liberdade individual, ou coletiva, em prol do interesse público". (CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 549). Bem como CIRNE LIMA: "[...] toda restrição ou limitação coercitivamente posta pelo Estado à atividade da propriedade privada, para o efeito de tornar possível, dentro da ordem, o concorrente exercício de todas as atividades e a conservação perfeita de todas as propriedades privadas." (CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. rev. e reelaborada por PASQUALINI, Paulo Alberto. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 306).

¹⁵⁴ Leciona MEDAUAR que "[...] à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício *a priori* de nenhum

Entrementes, o poder de polícia não pode ser confundido com o poder de punir, com o poder administrativo sancionador, embora não se negue estreita aproximação entre os institutos, como observa NIETO:

[...] las íntimas conexiones que median entre Policía y sanción administrativa (<<las sanciones tienen el mismo fin que toda la policía>>, <<son dos medios complementarios y distintos dirigidos a idéntico fin>>); pero ello no permite confundir cosas que son radicalmente diferentes, dado que la Policía pretende garantizar un orden y, en su caso, restaurarlo, mientras que las sanciones <<infligen un mal que no restablece el orden [...], limitándose a castigar el hecho; no imponen al administrado infractor una conducta perturbadora o que consista en reparar el daño o restituir las cosas a su estado anterior>>. De aquí que, en definitiva, haya que <<negar a la sanción el carácter de verdadero medio policial y la idea de reconducir la potestad sancionadora al poder de policía [así como] negar que pueda invocarse aquí el fundamento jurídico y la peculiaridad de la policía>>.¹⁵⁵

Embora o conceito esteja de certa forma conectado à circunstância do cometimento ou mesmo da possibilidade de cometimento de um ilícito, o poder de polícia significa, na realidade, o controle da manutenção da legalidade quando identificado ilícitos, o que não se confunde com a busca de ilícitos¹⁵⁶.

Aqui entra a relevante distinção entre o poder de polícia e o poder sancionador.

O poder sancionador é o poder de punir. Parte do pressuposto da infração¹⁵⁷ cometida pelo administrado. Infração esta cujas consequências podem dizer tanto com um direito previamente existente do administrado, quanto à aplicação de sanções com cunho repressivo e intimidatório. O que não constitui a negação de uma finalidade, ao mesmo tempo, preventiva. Lição bem desenvolvida pela doutrina espanhola:

interesse; o objetivo dessa função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios. O *princípio da proporcionalidade* também matiza no sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa, na obtenção de um resultado.” (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007, p. 128).

¹⁵⁵ NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 3. ed. ampl. Madrid: Tecnos, 2002, p. 91.

¹⁵⁶ MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 105.

¹⁵⁷ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65.

La potestad de sancionar [...] se trata de un poder “represivo” que se puede poner en marcha y ejercitar cuando alguien comete una infracción, esto es, una vulneración de, o una conducta contraria a las normas y reglas preestablecidas. No obstante, hay también una cierta finalidad “preventiva” de la potestad sancionadora, porque los objetivos de un esquema o previsión de un cuadro infracciones y sanciones, al lado de las demás prescripciones y prohibiciones de las normas, lleva implícita una amenaza para quienes, sin atender al cumplimiento de aquéllas o burlándolas, las infringe voluntaria y deliberadamente o incluso sin querer o por negligencia y “aun a título de simple inobservancia” (art. 130.1 LAP).¹⁵⁸

Neste ponto, portanto, partindo da premissa de que o poder administrativo sancionador é expressão do poder punitivo do Estado, necessário uma definição do que venha a ser a sanção administrativa, uma vez que esta embasará o próprio poder ora em consideração.

Pois bem, tem-se que sanção administrativa é aquela expressamente prevista em lei, com a previsão de um tipo (no sentido de conduta proibitiva) expreso e bem delimitado, prévio, com o menor uso de espaços abertos possíveis¹⁵⁹ e direcionada tanto aos particulares como à própria administração e com a finalidade de aplicação de uma pena¹⁶⁰.

Entre todos, entende-se perfeita a definição de MEDINA OSÓRIO, que diz consistir a sanção administrativa:

[...] em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma

¹⁵⁸ VERA, José Bermejo. La potestad sancionadora de La administración. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 245-246.

¹⁵⁹ Nesse sentido se discorda daqueles que entendem a sanção administrativa como ato discricionário, como por exemplo, BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Vol. I. Introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 569, cuja lição ampara-se em ZANOBINI, porquanto se entende a sanção administrativa como ato vinculado, mas que em certas oportunidades vem dotada de conceitos abertos, indeterminados, embora isso o seja de todo indesejável face a segurança jurídica e o princípio da tipicidade que se espera dela.

¹⁶⁰ No mesmo diapasão também ENTERRÍA: “Por sanción entendemos aquí un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin afflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de um derecho, imposición de una obligación de pago de una multa; anteriormente a la Constitución, como veremos, incluso arresto personal del infractor” (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. II. 7. ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 161).

proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo¹⁶¹.

Cumpra, todavia, destacar que majoritariamente existe posicionamento contrário no tocante a classificação como sanções administrativas daquelas aplicadas pelo poder judiciário¹⁶², o que, particularmente, agora se entende irrelevante para os fins pretendidos.

Há que se diferenciar, então, o poder de polícia, como expressão do poder estatal de vigiar, de garantia da legalidade e da ordem pública, com o poder administrativo sancionador, fonte direta do *ius puniendi* do Estado, que opera através da aplicação de sanções administrativas.

A confusão normalmente erigida entre ambos os institutos refere ser o poder administrativo sancionador acessório, derivado e reduzível do próprio exercício do poder de polícia¹⁶³. Em outros termos, seria a partir do exercício do poder de polícia estatal que se identificaria o cometimento de uma infração administrativa, com o consequente desenvolvimento do processo administrativo sancionador, ou seja, o exercício do próprio poder administrativo sancionador.

¹⁶¹ MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 104.

¹⁶² Veja-se, por exemplo, a obra de: FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 32. Em defesa da tese, MEDINA OSÓRIO argumenta que, apesar de ser posicionamento minoritário na doutrina pátria, o atual conceito de sanção administrativa adotado no Brasil carece de vício formal, haja vista que não existe aqui jurisdição dual (jurisdição judicial e administrativa); além disso, identifica a aplicação de sanções administrativas pelo judiciário como decorrência da outorga pelo Poder Legislativo de “competência repressiva, na tutela de valores protegidos pelo Direito Administrativo”, citando o exemplo da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. (MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 84-93). Outrossim, a tese parece ter guarida, ao menos de forma incipiente em BANDEIRA DE MELLO, que aduz: “[...] não significa, entretanto, que a *aplicação* da sanção, isto é, sua concreta efetivação, possa sempre se efetuar por obra da própria Administração. Com efeito, em muitos casos, se não for espontaneamente atendida, será necessário recorrer à via judicial para efetivá-la, como ocorre, por exemplo, com uma multa, a qual, se não for paga, só poderá ser judicialmente cobrada” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 818).

¹⁶³ “La potestad de sancionar es accesoria, derivada o deducible de la función o modalidad de ‘policía’, junto al fomento y los servicios públicos, que caracteriza la acción de las Administraciones públicas” (VERA, José Bermejo. La potestad sancionadora de La administración. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 246). No âmbito brasileiro, MEDAUAR, ao tratar do poder de polícia, afirma que este “abrange também o controle da observância das prescrições e a imposição de sanções em caso de desatendimento” (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 334).

Tal concepção não deve prosperar.

O fato de que o cometimento de um ilícito administrativo, aferível pela administração com base em seu poder de polícia, não significa, em regra, que a medida terá, necessariamente, caráter punitivo¹⁶⁴, apesar de algumas revestirem-se de tal característica.

No âmbito da ANATEL, o problema já foi, inclusive, objeto de decisão pelo Supremo Tribunal Federal em sede de cautelar, na ADI 1.688¹⁶⁵, que suspendeu a eficácia do art. 19, XV¹⁶⁶ da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT).

O caput do artigo trata do poder de polícia da agência e seu inciso XV dava margem para atuação arbitrária e ao arrepio do devido processo legal, impondo verdadeira sanção sumária aos administrados, com a busca e apreensão de bens dos particulares.

Nesse ponto, imagine-se um caso prático, no caso da ANATEL, quando no exercício de seu típico poder de polícia fecha rádios clandestinas.

Não há dúvidas de que estando essas rádios em funcionamento sem a devida autorização legal, cabe à ANATEL, dentro de seu poder de polícia, proceder com a interdição, como forma de restabelecimento da legalidade.

Todavia, tal fato não possui o condão de legitimar a aplicação sumária de punição administrativa, como, por exemplo, ao realizar o fechamento, também retirar as antenas e os aparelhos da rádio clandestina interdita, o que

¹⁶⁴ É o caso, por exemplo, de certas infrações no âmbito da Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), como a previsão de retenção do veículo e recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação vencida nos casos do artigo 162, V, do referido estatuto legal: “Art. 162. Dirigir veículo: [...] V - com validade da Carteira Nacional de Habilitação vencida há mais de trinta dias: Infração - gravíssima; Penalidade - multa; *Medida administrativa - recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação e retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado*”. (BRASIL. **Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9503.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2009, grifo nosso).

¹⁶⁵ COMUNICAÇÕES - LEI GERAL Nº 9.472/97 - CONTROLE CONCENTRADO. Admissibilidade parcial da ação direta de inconstitucionalidade e deferimento em parte da liminar ante fundamentos retratados nos votos que compõem o acórdão. (ADI-MC 1668 / DF – Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 20/08/1998).

¹⁶⁶ Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...] XV – realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência.

significaria a apreensão dos equipamentos e, por conseguinte, aplicação de sanção antecipada.

Nesse caso, é preciso que se observe o devido processo legal, é preciso que a Agência atue com cautela, sob pena de violação de princípios como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal. É o que tem decidido, também, o STJ na questão, dizendo essa Corte que a ANATEL poderia assim proceder, apenas por meio de medida acautelatória, ou no juízo cível, ou no penal¹⁶⁷.

Nesse mesmo sentido é que caminha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁶⁸.

¹⁶⁷ PROCESSO CIVIL - MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO - LEGITIMIDADE - NECESSIDADE. 1. O dispositivo legal (artigo 19, inciso XV, da Lei 9.472/97) que concedia à ANATEL a competência para, administrativamente, proceder à apreensão de aparelhos radiotransmissores em funcionamento ilegal foi suspenso pelo STF na ADIn 1668-5, necessitando a agência, para imediata cessação de funcionamento, recorrer ao Judiciário. 2. Seja pela via cível, seja pela via penal, pode a ANATEL acautelar-se, com o pedido de imediata apreensão de aparelhos clandestinamente instalados, sem que possa fazê-lo de moto próprio. 3. Recurso especial provido. (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial. Processo civil. Medida cautelar de busca e apreensão. Legitimidade. Necessidade. Provimento do recurso. Recurso Especial n. 626.774/CE. Recorrente Agência Nacional de Telecomunicações e recorrido Associação Beneficente José Ednir Maia de Limoeiro do Norte. Relatora Ministra Eliana Calmon, 17 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2009).
PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA REGULADORA. EQUIPAMENTO DE RADIODIFUSÃO. MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO. LEGITIMIDADE. NECESSIDADE. 1. É princípio infraconstitucional decorrente do princípio da inafastabilidade, este de índole constitucional, que "a todo direito corresponde uma ação que o assegure". 2. Destarte, a ação pode referir-se ao direito lesado ou ameaçado de lesão, daí a tripartição das ações em ação de conhecimento, execução ou cautelar. 3. O disposto no artigo 19, inciso XV, da Lei 9.472/97 que concedia à ANATEL a competência para, administrativamente, proceder à apreensão de aparelhos radiotransmissores em funcionamento ilegal foi suspenso pelo STF na ADIn 1668-5, necessitando a agência, para imediata cessação de funcionamento, recorrer ao Judiciário. 4. Conseqüentemente, seja pela via cível, seja pela via penal, a ANATEL manifesta interesse processual em acautelar-se, com o pedido de imediata apreensão de aparelhos clandestinamente instalados, sem que possa fazê-lo através de autotutela. 5. Recurso especial provido. (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial. Processual civil. Administrativo. Agência reguladora. Equipamento de radiodifusão. Medida cautelar de busca e apreensão. Legitimidade. Necessidade. Provimento do recurso. Recurso Especial n. 643.357/CE. Recorrente Agência Nacional de Telecomunicações e recorrido Associação Comunitaria dos Pequenos Agricultores de Bonfim Zabelê. Relator Ministro Luiz Fux, 29 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2009).

¹⁶⁸ PODER DE POLICIA - PROCESSO ADMINISTRATIVO - DEFESA. A atuação da administração pública, no exercício do poder de polícia, ou seja, pronta e imediata, há de ficar restrita aos atos indispensáveis a eficácia da fiscalização, voltada aos interesses da sociedade. Extravassando a simples correção do quadro que a ensejou, a ponto de alcançar a imposição de pena, indispensável e que seja precedida da instauração de processo administrativo, no qual se assegure ao interessado o contraditório e, portanto, o direito de defesa, nos moldes do inciso LV do artigo 5. da Constituição Federal. Não subsiste decisão administrativa que, sem observância do rito imposto constitucionalmente, implique a imposição de pena de suspensão, projetada no

Trata-se, na verdade, da continuação do entendimento de que poder de polícia e poder sancionador seriam institutos sinônimos.

Embora não haja expressa menção a esse fato pela jurisprudência pátria, o que se percebe é que, mesmo assim, entendem os tribunais pela impossibilidade de aplicação imediata de sanções com base no poder de polícia administrativo. E isso se justifica uma vez que, não raro, o poder de polícia vai desencadear o processo administrativo sancionador, ainda que não haja uma conexão “formal” entre os institutos.

Nesse caso o poder de polícia caracteriza-se nitidamente como o exercício de uma potestade preventiva do Estado, ordinariamente exercida de forma discricionária (ainda que sempre dentro de limites legalmente estabelecidos) e imediatamente após ou na iminência do cometimento de uma infração administrativa, ou ainda, nos casos de infrações de cunho permanente ou continuadas no tempo. Todavia, não punitiva, a qual depende, sempre, do devido processo administrativo sancionador.

E não mais se olvida da existência marcante de uma processualidade no âmbito do Direito Administrativo, porquanto a ideia de um processo administrativo vem ao encontro da própria ordem constitucional, a partir de 1988 no Brasil.¹⁶⁹

tempo, obstaculizando o desenvolvimento do trabalho de taxista. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário. Ato administrativo. Poder de polícia. Táxi. Serviço. Suspensão. Municipalidade. Pena. Imposição. Defesa. Apresentação. Impossibilidade. Recurso Extraordinário n. 153.540/SP. Recorrente município de São Paulo e recorrido Expedito Candido de Lima. Relator Ministro Marco Aurélio, 15 de setembro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 ago. 2009).

¹⁶⁹ “Além do mais, no ordenamento pátrio, a Constituição Federal de 1988 adotou a expressão *processo administrativo* ou utilizou o termo *processo*, o que significa não só escolha terminológica, mas sobretudo reconhecimento do processo nas atividades da Administração Pública, como demonstram, de forma clara, cinco dispositivos, principalmente o inc. LV do art. 5.º: ‘Aos litigantes, em *processo judicial* ou *administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’; o inc. LXXII do art. 5.º: ‘Conceder-se-á *habeas data*... b) para retificação de dados quando não se prefira fazê-lo por *processo sigiloso judicial* ou *administrativo*’; o inc. LXXVIII do art. 5.º, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do *processo* e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; o inc. XXI do art. 37: ‘Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante *processo* de licitação pública...’; o § 1.º do art. 41: ‘O servidor público estável só perderá o cargo: (...) II – *mediante processo administrativo* em que lhe seja assegurada ampla defesa’” (MEDAUAR, Odete. **Processualidade no direito administrativo**, A. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 45).

Destarte, essa processualidade termina por dar respaldo ao próprio Direito Administrativo Sancionador, na medida em que visa assegurar o processo administrativo como uma garantia aos indivíduos (administrados e também quanto a interesses difusos)¹⁷⁰, em nítida aproximação àquelas já previstas no âmbito do processo judicial. Tal fenômeno é destacadamente relevante, pois delinea balizas norteadoras à atividade sancionadora do Estado¹⁷¹, o que enseja necessária observância de princípios processuais no âmbito administrativo, a aumentar a segurança daqueles submetidos a processo administrativo sancionador, inclusive frente às Agências Reguladoras.

É de se afirmar, nessa linha, que o Estado no estrito exercício de seu poder de polícia não estaria apto a aplicar imediatas punições aos administrados, posto que, com isso, estaria infringindo as regras de Direito Administrativo Sancionador, o qual vem, justamente, avalizado por esta processualidade administrativa. O poder administrativo sancionador estatal, então, está

¹⁷⁰ MEDAUAR vê, acertadamente, que o processo administrativo, da forma como previsto na Constituição de 1988, afigura-se não como um direito, mas como garantia, “porque se destina a tutelar direitos, porque representa meio para que sejam preservados, reconhecidos ou cumpridos direitos dos indivíduos na atuação administrativa. Significa, neste aspecto, instrumento a serviço de um direito. Sob o ângulo do cidadão, trata-se de direito instrumental. E além de garantia constitucional individual, deve ser enfocado como garantia de direitos difusos, do que fornece exemplo o processo de licenciamento ambiental com a participação, em contraditório, de entidades ambientalistas direcionadas à defesa de interesses difusos” (MEDAUAR, Odete. **Processualidade no direito administrativo**, A. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 80).

¹⁷¹ Neste prisma, a autora supracitada bem leciona que: “A processualidade está associada ao exercício do poder estatal. O poder é, por si próprio, autoritário. No âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído”; e, a partir daí, chega à conclusão de que o processo administrativo fornece as próprias condições para o desempenho da função administrativa, por sua vez, intimamente ligada à aplicação de sanções, pois: “Em primeiro lugar, leva ao equilíbrio entre a autoridade do sujeito público e os direitos dos particulares, pois o processo implica a existência de posições jurídicas de todos os sujeitos. Tratando-se de processo administrativo, há direitos e sujeições da Administração e dos demais sujeitos. Em segundo lugar, ocorre no processo o encontro de pontos de vista e interesses diversos daquele assumido pela própria Administração, o que possibilita a objetivação das suas decisões, pois estas decorrem desse confronto e não da afirmação de um só modo de entender um problema. [...] Em terceiro lugar, o processo administrativo, suscitando o afloramento de vários interesses, posições jurídicas, argumentos, provas, dados técnicos obriga à consideração dos interesses e direitos co-presentes em certa situação” (MEDAUAR, Odete. **Processualidade no direito administrativo**, A. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 70-71).

diretamente ligado aos direitos e garantias dos administrados¹⁷², notadamente ao devido processo legal formal e substancial, o que denota a impossibilidade da aplicação de sanções como uma extensão do poder de polícia.

Nessa óptica identificam-se as precisas observações de MEDINA OSÓRIO, que ao tratar do elemento teleológico das sanções administrativas (o qual consiste na finalidade repressora e de restabelecimento da ordem violada por meio da sanção administrativa), traça as diferenças destas com o poder de polícia e de medidas coativas:

É certo que [...] o *elemento teleológico* pode ser passível de enquadramento como integrante das sanções administrativas [...], especialmente se quisermos apartá-las daquelas medidas comumente consideradas no âmbito da função de polícia da Administração Pública, ou de medidas garantidoras da ordem pública, ou, ainda, das medidas de cunho preventivo e cautelar, v.g., interdição de estabelecimentos, apreensão de produtos nocivos à saúde pública, eis que não são consideradas, via de regra, no universo do Direito Administrativo Sancionador, resultando reconduzíveis, isto sim, às funções ordenadoras da Administração. Não se discute tenham as sanções uma finalidade repressiva, visto como se diferenciam de outras medidas aflitivas em razão dessa específica finalidade normativa. [...] Estas não se confundem com restrições e limitações a direitos individuais derivadas da função de polícia do Estado, tampouco podem confundir-se com medidas cautelares e preventivas que, em conexão com um processo punitivo principal, presente ou futuro, venham a privar alguém de seus direitos ou impor ao destinatário novos deveres. Ademais, as sanções não se confundem com medidas coativas, v.g., prisão do devedor de alimentos, eis que o objetivo da medida privativa de liberdade, nesse caso, é forçar o devedor a cumprir com sua elementar obrigação de prestar alimentos. A função de polícia resulta, sabidamente, da ideia de que a Administração Pública, no exercício de seus poderes ordenadores, pode limitar direitos individuais, em homenagem à ordem pública, à moral social ou aos valores socialmente relevantes e agasalhados na ordem constitucional. O exercício dessa função, na ordenação da vida em sociedade, permite à Administração Pública interditar ou suspender direitos individuais, cassar licenças, apreender produtos nocivos à saúde ou ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fechar estabelecimentos que causem poluição sonora ou estejam em desacordo com o alvará de funcionamento, etc. Todavia, no desempenho dessa missão, a Administração Pública pode atuar preventivamente. Quando há uma infração derivada do descumprimento de deveres, o administrador pode e deve adotar as medidas preventivas e acauteladoras cabíveis, desencadeando, após, o pertinente processo

¹⁷² Assim já entendia MEIRELLES: “Mais liberdade, portanto, tem a Administração para apenar seus agentes do que para punir os particulares estranhos ao ordenamento hierárquico do Executivo, porque quanto àqueles atua no amplo campo do poder disciplinar, e quanto a estes encontra limites intransponíveis nos direitos e garantias individuais do cidadão”. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 191).

sancionador, de tal modo a confirmar a prática da infração que deu ensejo às reações jurídicas gravosas.¹⁷³

Por todo o exposto, considera-se de extrema relevância a colação da conclusão a que chega, em outro momento, o referido autor no tocante a distinção do poder administrativo sancionador e do poder de polícia, apesar de sua familiar ligação¹⁷⁴, referindo com peculiar precisão que:

A sanção administrativa não resulta ligada a um genérico poder de polícia, embora possa, não raro, servir instrumentalmente à atividade administrativa no sentido de uma consecução de determinados objetivos públicos. Não se deve desprezar a íntima conexão do poder de polícia com as sanções administrativas, mas tampouco se pode conectá-los de forma a dissipar o conceito e a autonomia da atividade sancionadora, a qual está regida por princípios e regras específicos. É verdade, não obstante, que o poder sancionador derivou do poder de polícia, dele se tornando autônomo, para adquirir contornos jurídicos mais próximos ao Direito Penal. Hodiernamente, é o contrário que parece prevalecer, ou seja, o poder administrativo de polícia assume, não raramente, feições e funcionalidades ligadas instrumentalmente à proteção cautelar de direitos que, do ponto de vista processual, são resguardados por normas proibitivas e respectivas sanções, tudo no bojo do Direito Administrativo. Daí porque, se é certo desvincular, teoricamente, Direito Sancionador e poder de polícia, porquanto ambos possuem regimes jurídicos distintos, não menos certo será reconhecer o íntimo parentesco entre tais institutos, cujas conexões remontam às origens do Direito Punitivo e do Estado de Polícia, confluindo na constitucionalização dos direitos fundamentais e na expansão dos mecanismos estatais de proteção desses direitos.¹⁷⁵

Daí porque não se deve confundir os institutos, poder de polícia e poder sancionador, porquanto, embora possuam essa aparente raiz comum derivada da prática de atos ditos ilícitos administrativos, ou contrários à lei, um se apresenta previamente, de forma muitas vezes “cautelar”, enquanto que o outro é resultado de processo administrativo¹⁷⁶, dotado de todas as garantias e direitos individuais

¹⁷³ MEDINA OSÓRIO, Fábio. O conceito de sanção administrativa no direito brasileiro. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 323-324 (grifos do autor).

¹⁷⁴ Há que se referir a existência de corrente no mesmo sentido por parte da doutrina espanhola. Por todos, veja-se: NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 3. ed. ampl. Madrid: Tecnos, 2002.

¹⁷⁵ MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 109-110.

¹⁷⁶ Cumpre, neste ponto, trazer exemplo diretamente da Constituição da República Federativa do Brasil, onde seria possível identificar essa distinção. Trata-se do plano ambiental, onde consta na Carta Política as obrigações do Estado para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente

constitucionais, em nítida aproximação àquilo que ocorre no âmbito do Direito Penal.

O poder administrativo sancionador guarda, portanto, estrita observância aos princípios constitucionais, notadamente aos princípios da legalidade e do devido processo legal¹⁷⁷.

De tal sorte, encontra-se em consonância com a Constituição Brasileira de 1988 e seus preceitos fundamentais¹⁷⁸, oferecendo, certos parâmetros e limitações importantes à atuação punitiva estatal, como se pode observar pelos artigos 5.º, incisos XXXIX, XLV, XLVI, LIV, LV, e LVII e artigo 37, *caput*, da carta política, bem como art. 2.º da Lei 9.784/99¹⁷⁹ (Lei Federal do Processo Administrativo).

ecologicamente equilibrado de que trata o artigo 225. Mais especificamente, é possível identificar previsão de típico exercício de poder de polícia nos incisos I, II, IV, V e VII do § 1.º do referido artigo (“I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; [...] IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”). Já no que tange ao poder administrativo sancionador, a previsão está expressa no § 3.º da citada norma constitucional (“§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”), pois abre espaço para a possibilidade de punição dos infratores. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2009).

¹⁷⁷ Poder-se-ia dizer que o poder administrativo sancionador encontra uma de suas máximas no constante do próprio artigo 5.º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil (“LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”). (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2009).

¹⁷⁸ MOREIRA NETO, ao lecionar sobre a intervenção administrativa sancionadora (com a aplicação de sanções) ressalta que: “A constituição de 1988 exige que sua imposição seja motivada e precedida de ampla defesa (arts. 5º, LV, e 93, X, por inferência), salvo quando seu retardo puser em perigo ou causar prejuízo maior ao interesse público especificamente tutelado.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial. 14. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 387).

¹⁷⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...] XLV - nenhuma pena passará da

Fica, assim, evidente a referida aproximação do poder sancionador a institutos originariamente provenientes do Direito Penal, especialmente, aos seus princípios e aos direitos fundamentais dos acusados em geral, ao passo que o poder de polícia se apresenta em momento prévio, ainda que também deva respeito a direitos e garantias individuais, mas como pressuposto de manutenção e respeito da legalidade.

pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]" (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2009). "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. [...] Art. 68. As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa." (BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2009).

2 O PODER ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DA ANATEL

Vistos aspectos gerais acerca das agências reguladoras e alguns detalhes atinentes à ANATEL, bem como os fundamentos do Direito Administrativo Sancionador, chega-se ao estudo do poder administrativo sancionador da Agência Nacional de Telecomunicações.

É de fundamental importância, para tanto, analisar a principal limitação ao poder administrativo sancionador da Agência, mormente sob a óptica do princípio da legalidade, bem como o espectro da deslegalização e suas implicações ao poder normativo da ANATEL.

De se saber também quais as fontes normativas que poderiam vir a dar suporte ou não ao poder administrativo sancionador da ANATEL, bem como as implicações disso para os usuários dos serviços públicos regulados de telecomunicações.

2.1 Limitação axiológico-normativa: legalidade

Ainda que se entenda da importância do estudo individualizado de cada princípio e postulado aplicável ao Direito Administrativo Sancionador¹⁸⁰, por estrita observância da delimitação temática se restringirá o presente à abordagem do princípio da legalidade, de todos o mais importante para o objeto do estudo ora desenvolvido.

O princípio da legalidade é sabidamente uma das colunas mestras a sustentar todos os Estados Democráticos de Direito¹⁸¹, sendo o seu estudo objeto

¹⁸⁰ Para o estudo dos princípios e postulados de Direito Administrativo Sancionador veja-se: MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito administrativo sancionador**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁸¹ Por todos COUTO E SILVA: “Há hoje pleno reconhecimento de que a noção de Estado de Direito apresenta duas faces. Pode ela ser apreciada sob o aspecto material ou sob o ângulo formal. No primeiro sentido, elementos estruturantes do Estado de Direito são idéias de justiça e de segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial: a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal

recorrente, notadamente, no âmbito do Direito Público, com especial destaque para o Direito Administrativo.

Da mesma forma, no tocante ao Direito Administrativo Sancionador, o princípio da legalidade se apresenta com notória relevância, mormente porque pode ser considerado como o subsídio mais importante do poder administrativo sancionador estatal formal e processual, pois o habilita e justifica.¹⁸²

O destino central do princípio da legalidade remete às origens da separação dos poderes, com a supremacia do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo e mesmo o Judiciário (estrita vinculação do juiz à lei) e à proteção dos indivíduos contra os arbítrios estatais. Surge, portanto, como uma das grandes conquistas dos movimentos liberais ocorridos entre o final do século XVIII e começo do XIX. Funcionava também como uma forma eficaz de proteção do próprio ordenamento jurídico, pois conferia segurança jurídica, garantindo a aplicação uniforme da lei¹⁸³. Esse período ficou marcado pela excessiva valorização do princípio da legalidade e é identificado como “positivismo formalista”, ou Estado Legal¹⁸⁴. Outra característica marcante foi o sentido estrito da legalidade, significando que a Administração poderia fazer tudo aquilo que a lei não lhe vedasse, “era o princípio da vinculação negativa, que praticamente se identifica com o princípio da autonomia da vontade”¹⁸⁵.

Após, com o advento dos chamados Estados Sociais de Direito, onde se exigia do Estado uma postura mais assistencialista – ao contrário daquela adotada pelo liberalismo – passa o Poder Executivo a ganhar maior expressão

seja limitado e contido por ‘freios e contrapesos’ (**checks and balances**); c) a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa-fé ou da confiança (**Vertrauensschutz**) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis”. (COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., p. 13-31, dez. 2003. Grifos do autor).

¹⁸² MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito administrativo sancionador**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁸³ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., p. 13-31, dez. 2003.

¹⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. Nessa obra a autora faz um interessante estudo sobre o princípio da legalidade passando por todas as suas fases, do Estado liberal ao período atual

¹⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 27.

frente ao Legislativo, especialmente na produção normativa e na iniciativa das leis.

Isso ocorre em decorrência de um “inchaço” das atribuições do Executivo para poder atender às demandas sociais, as quais exigiam maior celeridade na edição de normas, ficando o legislador com uma função de editar fórmulas gerais e *standards*, que seriam regulados pela Administração Pública (via decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos).¹⁸⁶ Com isso, a legalidade é ampliada para atingir, também, os atos do Executivo, e passa “a significar que a Administração só pode fazer o que a lei permite (princípio da vinculação positiva)”¹⁸⁷.

Em seguida, após o fracasso dos modelos baseados no Estado Social, tomou forma o Estado Democrático de Direito, que se caracteriza pela vontade do povo, entendida como interesse público, que participa do processo político e exerce controle sobre os atos da Administração Pública e a subordinação à vontade da lei, não mais sob o prisma unicamente formal, mas em seu sentido amplo, abrangendo todo o direito.¹⁸⁸

Com isso, surge a necessidade de uma conceituação do princípio da legalidade, tendo em vista a concepção jus-política atualmente adotada e, por hora, pontualmente no que diz respeito ao Direito Administrativo.

Para tanto, vale-se da preleção de MEIRELLES:

A *legalidade*, como princípio de administração [...], significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. [...] Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme a lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos. Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer

¹⁸⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 121.

¹⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 27.

¹⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial. 14. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 46 e 82.

o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.¹⁸⁹

Tal como exposto, o princípio da legalidade remete ao inscrito no artigo 37, *caput*, da Constituição brasileira¹⁹⁰; isto é, de acordo com o estrito viés da Administração Pública, mormente de seus atos.

Lembrando que a legalidade aqui assume um aspecto geral, portanto, não se está a tratar de legalidade em sentido estrito e formal, onde lei é apenas aquela emanada pelo Poder Legislativo. É mais do que isso. Inclui-se no conceito de legalidade outros elementos normativos, inclusive os provenientes da própria Administração Pública, como, por exemplo, aqueles oriundos de seu poder regulamentar¹⁹¹, ainda que, mesmo essa potestade normativa do Executivo, esteja diretamente vinculada ao princípio da legalidade em sentido formal¹⁹².

Todavia, alteram-se um pouco os contornos do referido princípio, quando se está diante de situações sancionadoras.

Nessa óptica se apresenta em destaque outra previsão constitucional, esta já não diretamente conectada à Administração Pública, mas genérica, em estreita aproximação com os direitos e garantias individuais; trata-se da norma

¹⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 86.

¹⁹⁰ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2009).

¹⁹¹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. I. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 434-435.

¹⁹² Significa dizer que o poder regulamentar do Poder Executivo depende sempre de prévia autorização legislativa a indicar, ao menos, os *standards* que deverá seguir na edição de normas. Do mesmo modo, MAURER: “O executivo, somente em virtude de uma autorização legal, pode tornar-se ativo dispondo direito e promulgar regulamentos jurídicos. Uma autorização universalmente formulada (autorização geral) não basta. Ao contrário, o dador de leis deve mesmo indicar conteúdo, finalidade e dimensão do regulamento jurídico futuro e, com isso, determinar seu quadro e sua direção de objetivo (autorização especial). A dação de regulamento é, assim, disposição de direito, mas não disposição de direito original, e sim, derivado. Ela não apresenta uma infração verdadeira da divisão de poderes, porque o dador de regulamentos somente pode tornar-se ativo segundo o ajuste do dador de leis”. (MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 25).

inculpada no artigo 5.º, inciso II, da Carta Política¹⁹³. Disso extraem-se algumas consequências lógicas quando se analisa o princípio com base no Direito Administrativo Sancionador, tais como uma inegável conexão da legalidade com o devido processo legal e com o princípio da legalidade vigente no âmbito do Direito Penal¹⁹⁴, que, neste último caso, todavia, não se confundem.¹⁹⁵

De tal sorte, as diferenças entre o princípio da legalidade nos diferentes ramos do direito precitados começam pela: a) competência para legislar; enquanto no Direito Penal a competência legislativa é privativa da União¹⁹⁶, na seara administrativa ela toca à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em regra, de maneira autônoma¹⁹⁷; b) possibilidade de, no campo administrativo, existirem medidas provisórias na tipificação de infrações e sanções, quando resultarem em baixo impacto nos direitos e garantias fundamentais, ao contrário do penal, cuja tipificação de infrações e sanções está constitucionalmente blindada pela reserva legal¹⁹⁸; e c) existência de uma maior

¹⁹³ “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2009).

¹⁹⁴ No Direito Penal, conforme TOLEDO, “o princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos *por lei* o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. Daí sua inclusão na Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais, no art. 5.º, XXXIX e XL, *in verbis*: ‘não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’; ‘a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’. [...] Significa, em outras palavras, que a elaboração das normas incriminadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei.” (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. 11. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21).

¹⁹⁵ Neste prisma: MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito administrativo sancionador**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 256 a 261.

¹⁹⁶ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2009).

¹⁹⁷ “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2009).

¹⁹⁸ Art. 5.º, XXXIX – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988.

flexibilidade da legalidade na esfera administrativa, em parte pelo manejo histórico do poder administrativo sancionador no contexto do direito de polícia – que remetia à discricionariedade da Administração Pública –, ao maior alcance material das sanções administrativas (fundado na exigência de dinamismo da Administração para acompanhar as constantes alterações sociais, culturais e econômicas da sociedade), e, também, em razão da delegação de competências e da não rara utilização de termos jurídicos indeterminados, enquanto que no domínio do Direito Penal afigura-se uma maior rigidez na criação de infrações e sanções.¹⁹⁹

Destarte, na esfera administrativa sobretudo no âmbito da ANATEL, a Agência, no exercício de seu poder sancionador deverá sempre observar os limites impostos pelo princípio da legalidade, que servirão de parâmetro para sua atuação, bem como de fonte legitimadora do poder sancionador do Estado²⁰⁰.

E isso deverá ocorrer de forma temperada, uma vez que a Agência possui inegável competência normativa, apresentando-se de todo inviável que dependesse sempre, tal como o Direito Penal, de lei para regular situações, não obstante necessite, especialmente na seara sancionadora, de prévia “moldura legal” (formal e material) que lhe permita especializar e atualizar, com a rapidez que a sociedade exige, infrações e sanções administrativas aos administrados.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2009).

¹⁹⁹ MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 256 a 261.

²⁰⁰ Reconhecimento que é tranquilo pelos Tribunais brasileiros, entre eles o Superior Tribunal de Justiça, que assim se manifestou em um de seus julgados: “Os atos da administração pública devem sempre pautar-se por determinados princípios, dentre os quais está o da legalidade. Por esse princípio, todo e qualquer ato dos agentes administrativos deve estar em total conformidade com a lei e dentro dos limites por ela traçados. 2. A aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Direito do consumidor. Contrato de seguro. Não-renovação. Oferecimento de produto similar. Aplicação de multa. Ausência de subsunção do fato à norma. Princípio da legalidade estrita. Provimento do recurso. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21.274/GO. Recorrente Unimed Seguradora S.A., impetrado Secretário de Segurança Pública e Justiça do Estado de Goiás e recorrido Estado de Goiás. Relatora Ministra Denise Arruda, 26 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2009). Observa-se neste julgado que a Corte incorreu na usual confusão ao associar o poder administrativo sancionador com o poder de polícia, tema já abordado acima (ver item 1.6).

Entende-se que, do contrário, estar-se-ia ferindo o princípio da legalidade, com a consequente infringência ao próprio modelo de Estado Democrático de Direito e da separação dos poderes²⁰¹.

Destarte, quando se fala no poder administrativo sancionador²⁰² da ANATEL, há que se enxergar esse viés, tão somente, dentro de limites legais. Não sendo possível, portanto, que a autarquia se utilize de poder sancionador não previsto expressamente em lei²⁰³ para criar sanções e infrações aplicáveis aos regulados.

[...] o órgão regulador não pode praticar atos concretos sem base normativa específica e adequada. Se uma competência não foi expressamente conferida nem pela lei, nem, com base nela, pelos regulamentos, pelo edital da licitação ou pelo contrato, o órgão não a tem.

²⁰¹ Outro não é o entendimento de ENTERRÍA, para quem: “[...] la democracia necesita inexcusablemente de la ley y que no puede abdicarse de la responsabilidad central de la ley, precisamente (reanudando así su fundamento histórico moderno) en cuanto que la ley es el instrumento necesario de la libertad, tanto por su origen en la voluntad general como por su efectividad como pauta igual y común para todos los ciudadanos, a la que todos pueden invocar y en la que todos deben poder encontrar la justicia que la sociedad les debe. [...] La irresistibilidad de la ley (que hoy ha de entenderse respecto de la ley dentro de la Constitución) no puede extenderse, por ello, sino abusivamente a los actos del Ejecutivo, cuya elección democrática no les exime de su condición de agentes de la ley. El vínculo que define la condición de los gobernantes con la sociedad no es el de representación, sino el de *trust* o fiducia, en los términos clásicos de Locke, vínculo que exige la mutua confianza entre las partes, que es naturalmente revocable y que postula por esencia la rendición de cuentas, excluyendo, por tanto, cualquier pretensión de manifestarse como soberanos titulares de poderes supuestamente exentos de control. [...] el Ejecutivo está sometido a la ley, como a la Constitución, y no puede pretender por ello, por muy extenso que sea su respaldo popular, eximirse de su vinculación, lo que es decir, de la vinculación al juez, que es su instrumento indisociable.” (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La democracia y el lugar de la ley**. Disponível em: <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artlademicracuayellugar>> Acesso em 15 de maio de 2008.

²⁰² “O primeiro aspecto a ser apontado em relação à competência sancionatória das agências reguladoras vincula-se à necessidade de adoção de mecanismos que garantam a transparência, a publicidade do procedimento e a participação dos administrados, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A lei federal sobre processo administrativo (Lei n. 9.784/99) aplica-se às agências reguladoras federais.” (CUÉLLAR, Leila. Quadro jurídico das agências reguladoras brasileiras. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 419-446).

²⁰³ “O Texto Constitucional brasileiro, em seu art. 5º, II, expressamente estatui que: ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Note-se que o preceptivo não diz ‘decreto’, ‘regulamento’, ‘portaria’, ‘resolução’ ou quejandos. Exige *lei* para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. E que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 330-331).

A circunstância de que certa competência poderia ser conferida – dada sua compatibilidade com a natureza estatal do serviço regulado – não significa que ela exista. Uma coisa é reconhecer que as normas têm a faculdade de atribuir certo poder; outra, muito distinta, tolerar que o administrador, ao lidar com uma específica prestadora de serviço, o assuma por vontade própria, sem qualquer base normativa anterior.²⁰⁴

E, no atual paradigma dos serviços públicos regulados de telecomunicações, constata-se uma certa lacuna em termos de disposição legal a conferir poderes sancionadores à ANATEL²⁰⁵. Ou seja, não poderia a Agência criar ou aplicar sanções sem esta necessária previsão legal.

Ademais, imperativo afirmar que, mesmo que o legislador tivesse atribuído competência administrativo sancionadora à autarquia, seria igualmente necessária a existência de previsão legal no que tange às infrações e sanções administrativas, não podendo ficar sua criação dependente de ato administrativo exclusivamente oriundo do executivo ou da própria Agência.

Novamente, cabe dizer que a ANATEL não está totalmente desvinculada de poder normativo. A agência possui poder normativo no sentido de disciplinar o setor regulado, mas de forma técnica e sempre observando os balizamentos legais que lhe atribuem a competência²⁰⁶.

Todavia, extrai-se, de parecer proferido por MOREIRA NETO em que aborda a questão também sob o enfoque do Direito Administrativo Sancionador, que: “disciplinar não equivale a sancionar”²⁰⁷.

Dirá ainda o referido parecerista que:

Desse modo, cabe anotar que a ANATEL tem suas competências vinculadas ao ordenamento jurídico no exercício de tarefas repressoras e

²⁰⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 322-323.

²⁰⁵ A questão será melhor abordada ao tratar das fontes do poder administrativo sancionador da ANATEL, no item 2.3.

²⁰⁶ “A função normativa envolve a regulamentação das leis e a edição de atos normativos inferiores.” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 24).

²⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Parecer encomendado pela Febratel sobre a CP 847**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>>. Acesso em 12 de março de 2008.

não lhe cabe desprender-se dessa vinculação, pois que significa obediência irrestrita aos princípios que regem o Direito Administrativo Sancionador, especialmente aos da legalidade, tipicidade e responsabilidade subjetiva na apuração das infrações e imposição das sanções.

Cabe ao Poder Legislativo estabelecer e fixar os limites, os fundamentos e as competências do Poder Executivo para o exercício das funções normativas e repressivas em matéria de Direito Administrativo Sancionador, seja para complementar infrações administrativas e penas (normas sancionadoras em branco), seja para os detalhamentos operacionais cabíveis em face das previsões legais originárias necessárias quanto às previsões das infrações e das sanções.²⁰⁸

Não obstante, importa dizer que a partir do momento em que a ANATEL usa de regulamentos próprios para a criação e para a aplicação de infrações e sanções, que não estão previstas em lei, mas sim nessas normativas regulamentares, tem-se um excessivo alargamento do instituto da deslegalização. Aliás, sem respaldo legal, ou mesmo *standards*.

Ocorre que não há essa previsão no ordenamento jurídico pátrio, quando se está a falar em matérias que envolvam a criação ou a aplicação de infrações e sanções, as quais dependem, por disposição constitucional²⁰⁹, de lei. É o que se denomina “reserva legal”.

Sobre isso, em analogia, a lição de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, ao comentar sobre os limites do poder regulamentar – que em muito se aproxima do poder normativo da ANATEL oriundo da deslegalização, como se

²⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Parecer encomendado pela Febratel sobre a CP 847**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>>. Acesso em 12 de março de 2008.

²⁰⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2009).

verá ainda mais adiante –, em seu clássico livro sobre princípios de Direito Administrativo, no sentido de que:

[...] o regulamento tem limites decorrentes do direito positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada e a legislação em geral e as fontes subsidiárias a que ela se reporta.

Ademais, sujeita-se a comportas teóricas. Assim, não cria, nem modifica e sequer extingue direitos e obrigações, senão nos termos da lei. Isso porque o inovar originariamente na ordem jurídica consiste em *matéria reservada à lei*. Igualmente, não adia a execução da lei, e menos ainda a suspende, salvo disposição expressa dela, ante o *alcance irrecusável da lei* para ele. Afinal, não pode ser emanado senão conforme a lei, em virtude da *proeminência desta* sobre ele.

Em conseqüência, não cabe aos regulamentos, por iniciativa própria e sem texto legal, prescrever penas, seja qual for a espécie; estabelecer restrições à igualdade, à liberdade e à propriedade, ou alterações no estado das pessoas; prever tributos ou encargos de qualquer natureza que repercutam sobre o patrimônio das pessoas de direito; dar organização administrativa às repartições governamentais, através da criação de cargos e prescrição de novas competências.

Portanto, o regulamento não pode ampliar os poderes jurídicos constantes da lei.²¹⁰

A não observância da reserva legal, do princípio da legalidade se apresenta, assim, como verdadeira afronta aos direitos e garantias constitucionais das prestadoras de serviços de telecomunicações, bem como em grave ofensa ao princípio da legalidade.²¹¹

²¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. v. I. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 376-377.

²¹¹ Neste prisma, aliás, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.823 MC/DF, ao apreciar a constitucionalidade de portaria do IBAMA que estabelecia normas de conduta e sanções aos administrados, concluindo, ao final, que as infrações e sanções não poderiam estar previstas na portaria, mas sim descritas na lei, face princípio constitucional da legalidade. Assim restou ementada dita decisão: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 5º, 8º, 9º, 10, 13, § 1º, E 14 DA PORTARIA Nº 113, DE 25.09.97, DO IBAMA. Normas por meio das quais a autarquia, sem lei que o autorizasse, instituiu taxa para registro de pessoas físicas e jurídicas no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, e estabeleceu sanções para a hipótese de inobservância de requisitos impostos aos contribuintes, com ofensa ao princípio da legalidade estrita que disciplina, não apenas o direito de exigir tributo, mas também o direito de punir. Plausibilidade dos fundamentos do pedido, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados. Cautelar deferida. (ADI 1823 MC, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/1998, DJ 16-10-1998)”.

2.2 O alcance da deslegalização no âmbito da ANATEL e seu poder normativo

Ponto importante, a deslegalização, aparece frequentemente como alvo dos estudiosos das agências reguladoras. Nem poderia ser diferente, sendo ela a fonte primeira a justificar o alcance e respectivos limites dos poderes normativos de tais entes.

Por se tratar de matéria extremamente discutida e de vasta repercussão no Direito Administrativo que, por si só, é merecedora de estudos próprios, será vista neste ensejo de forma meramente preambular para se alcançar o escopo ora pretendido.

A deslegalização surge como “instrumento” para que entes da administração pública normatizem setores especializados que tenham como finalidade a prestação de serviços (normalmente serviços públicos delegados), como no caso das telecomunicações e produção de bens.

Como sói ocorrer nos processos democráticos, o processo legislativo costuma ser lento e, muitas vezes, desprovido do necessário conhecimento técnico que a disciplina demanda; legisla-se, pois, sem o detalhamento que certas matérias exigem. Como via de consequência, em resposta a essa situação, tem-se a deslegalização, pela qual se transfere o poder normativo em nível estritamente técnico de determinado setor para esses entes administrativos²¹², tecnicamente capacitados e mais bem habilitados para tanto.²¹³

²¹² É o caso, por exemplo, do poder normativo conferido à ANATEL pela Lei Geral de Telecomunicações para expedição de normas acerca da utilização do espectro de radiofrequência e uso de órbitas; ou ainda criação de normas e padrões para assegurar compatibilidade, operação integrada e interconexão de redes e equipamentos terminais (Vide artigo 19, incisos VIII e XIV da Lei n. 9.472/97). E, diga-se, que em tais âmbitos, há constante atualização de equipamentos e tecnologia, o que demanda regulação e normatização constantes por parte da Agência.

²¹³ Nesta linha a lição de ORTIZ: “Igualmente [...] se le permite dictar órdenes o actos concretos sin necesidad de norma previa en la que se prevea *cada actuación*, porque lo característico de estos campos de regulación es la imprevisibilidad de las múltiples y variadas situaciones que pueden darse, que hace imposible su previa tipificación legal y que exige una *cláusula general de habilitación para adoptar las órdenes necesarias de acuerdo con el fin*. [...] La falta de protección jurídica plena es consecuencia del peculiar tipo de relación en que la Administración u concesionario se encuentran, con la creación de un ámbito de *supremacía o sujeción especial* de éste respecto a aquélla, análoga en cierto modo a aquella relación de dependencia más intensa en

Dessa maneira o aparato da Administração Pública torna-se mais rápido, podendo acompanhar a evolução tecnológica e social, através de procedimentos normativos ágeis e menos burocráticos. Todavia a deslegalização não pode, ou não deve, ocorrer sem alguns controles e limitações, mormente pelo princípio da legalidade e, como via reflexa, da separação dos poderes.

A fim de conceituar o instituto da deslegalização, utiliza-se da sempre presente lição de ENTERRÍA, que assim o define:

Llamamos deslegalización a la operación que efectúa una Ley, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración.

A través del principio del *contrarius actus*, cuando una materia está regulada por una Ley se produce lo que hemos llamado más atrás una <<congelación del rango normativo>> que regula dicha materia, de modo que sólo por otra Ley contraria podrá ser innovada dicha regulación. Una Ley de deslegalización opera como *contrarius actus* de la Ley anterior de regulación material, pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la misma de modo que pueda ser modificada en adelante por simples Reglamentos.

De este modo simples Reglamentos podrán innovar y, por tanto, derogar Leyes formales anteriores, operación que, obviamente, no sería posible si no existiese la Ley degradatoria previa.²¹⁴

Há quem identifique três modalidades diferentes da deslegalização, sendo elas: a) deslegalização em sentido *lato*, significando a perda da capacidade para normatizar certas matérias ou atividades pelo Poder Público convencional, abrindo-se espaço material da lei para outras fontes de Direito; b) deslegalização em sentido mais estrito ou intermediário, que seria a transferência do poder normativo para entes descentralizados, com autonomia especial e a fim de melhorar a qualidade das normas; e c) deslegalização em sentido estrito, caracterizada pela passagem do poder ou capacidade normativa da lei para os

la que se encuentran el funcionario o el militar. Otra consecuencia importante de esta <<deslegalización>> es la *atribución a la Administración de amplios poderes de regulación* que de otro modo no tendría." (ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica**. Granada: Editorial Comares, S. L., 2004, p. 579).

²¹⁴ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. I. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 273.

regulamentos na normatização de matérias determinadas, por força do Poder Constituinte Originário ou Reformador, ou pelo próprio Legislativo.²¹⁵

Trazendo a matéria para o campo das agências reguladoras, e no caso específico, da ANATEL, deslegalizar, em linhas gerais, significa a atribuição possibilitada pelo legislador de colocar sob o poder normativo da Agência certas matérias antes sob o domínio exclusivo da lei.

Nesse sentido é o que ocorre quando a ANATEL, por exemplo, edita regulamentos com instruções/normativas técnicas a fim de fixar normas, parâmetros técnicos e específicos etc., ao setor de telecomunicações²¹⁶, tudo com base em prévia autorização legal genérica para tanto²¹⁷.

Deve-se notar que as normas reguladoras emanadas pela agência, com base na deslegalização, possuem natureza de “norma de auto-regulação dirigida, ou seja, obedecem a princípios e a *standards*”²¹⁸. Não fica, portanto, ao livre alvitre da agência a integração normativa conferida com a deslegalização, mas restrita pelos parâmetros atribuídos pela lei, cabendo-lhe, via de regra, “o poder de minudenciar a norma da lei, a complementá-la, enfim, permitindo sua execução”²¹⁹.

Trata-se de deslegalização especificamente arquitetada e autorizada pelo poder legislativo, mas nunca de uma deslegalização genérica que venha a amputar o princípio da legalidade ou reserva legal²²⁰. Neste sentido:

²¹⁵ FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 58.

²¹⁶ Como exemplos de regulamentos desse tipo, podem ser citados os seguintes: Resolução n. 30 da ANATEL (Aprova o Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Telefônico Fixo Comutado); Resolução n. 46 da ANATEL (Diretrizes para Uso de Radiofrequências pelas Concessionárias e Autorizadas de Serviço Telefônico Fixo Comutado para Sistemas de Acesso Fixo sem Fio); Resolução n. 64 da ANATEL (Aprova a Norma nº 03/98 - Anatel - Critérios para Elaboração e Aplicação de Plano de Serviço Pré-Pago no Serviço Móvel Celular); Resolução n. 388 da ANATEL (Aprova a Norma Sobre Condições de Prestação de Serviços de Telefonia para Chamadas Destinadas a “Assinante 0300”); entre outros.

²¹⁷ Vide NR 213.

²¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 126.

²¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. **Interesse Público**, [S.l.]: v. 7, n. 35, p. 49-60, jan./fev. 2006.

²²⁰ Assim leciona MOREIRA NETO em precisa e sintética conceituação: “Modalidade anômala de *transferência sem delegação* é a *deslegalização*, pela qual as casas legislativas abrem um espaço normativo, quase sempre de natureza técnica, em que se demitem da função de criar normas

Parece evidente que en la operación deslegalizadora se cumple un fenómeno de ampliación de la potestad reglamentaria, en cuanto que se le abre una materia hasta entonces excluida de su alcance. La ampliación del ámbito material de la potestad reglamentaria se hace siempre delimitando dicho ámbito de una manera más o menos precisa, pero siempre expresa; puesto que no cabe una deslegalización general de todo el bloque de la legalidad.²²¹

Ainda assim, há quem entenda não ser possível a aplicação do instituto da deslegalização no direito brasileiro, em vista da inviabilidade da “transferência de competência normativa reservada constitucionalmente ao Legislativo para o Executivo”²²². A crítica gira em torno da proibição, no direito pátrio, da expedição de regulamentos autônomos²²³ pelo Executivo, que significa, em última análise, a capacidade normativa e exclusiva deste Poder de editar regulamentos exclusivamente com base na Constituição e sem qualquer tipo de participação pelo Legislativo.

Com a devida vênia, a deslegalização, ao menos em sentido mais estrito ou mesmo em sentido estrito (como visto acima), não se relaciona diretamente com os regulamentos autônomos. Parece que a crítica acima apontada analisa a deslegalização unicamente em seu sentido amplo ou *lato*, o que justificaria mesmo a impossibilidade do instituto no direito brasileiro. No entanto, é imperioso que o instituto seja visto sob todos os seus níveis. Assim procedendo, entende-se perfeitamente viável sua aplicação, seja sob o viés de seu sentido intermediário, seja sob o de seu sentido estrito. Nesse prisma²²⁴:

legais para que outros entes, públicos ou privados, o façam, sob os limites e controles por elas estabelecidos, o que vem a ser uma competência implícita no *caput* do art. 48 da Constituição”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial. 14. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005).

²²¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. I. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 274.

²²² JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 495.

²²³ “Os regulamentos autônomos têm natureza de ato normativo da administração (tanto quanto os demais regulamentos), mas exercem função jurídica primária equivalente à legislativa, e não podem ser considerados como lei em sentido formal, pois são expedidos exclusivamente pelo Executivo com fundamento na ordem constitucional. Então, a diferença marcante dessa modalidade regulamentar (inclusive para diferenciá-la dos regulamentos independentes) é que nenhuma lei pode ser editada sobre o assunto exclusivamente confiado aos domínios do regulamento autônomo”. (FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 388).

²²⁴ Da mesma forma, SUNDFELD: “Será verdade, como temem alguns, que a agência reguladora é necessariamente uma usurpadora da função legislativa? Não. Nos novos tempos, o Poder

Por fim, não acreditamos que as normas produzidas pelas agências reguladoras possam ser definidas como regulamentos autônomos, muito embora essas entidades também sejam normalmente constituídas na forma de autarquias de regime especial, pela simples razão de os preceitos constitucionais que prevêm sua criação não lhes confiarem temas específicos com exclusividade, do que resulta sua vinculação à lei com capacidade regulamentar restrita ou de execução (não obstante a elasticidade possível nos casos de conceitos jurídicos indeterminados).²²⁵

Inclusive o próprio STF já confirmou a possibilidade da deslegalização, como se pode inferir do RE 140.669-1/PE, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, datado de 1998:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IPI. ART. 66 DA LEI Nº 7.450/85, QUE AUTORIZOU O MINISTRO DA FAZENDA A FIXAR PRAZO DE RECOLHIMENTO DO IPI, E PORTARIA Nº 266/88/MF, PELA QUAL DITO PRAZO FOI FIXADO PELA MENCIONADA AUTORIDADE. ACÓRDÃO QUE TEVE OS REFERIDOS ATOS POR INCONSTITUCIONAIS. Elemento do tributo em apreço que, conquanto não submetido pela Constituição ao princípio da reserva legal, fora legalizado pela Lei nº 4.502/64 e assim permaneceu até a edição da Lei nº 7.450/85, que, no art. 66, o deslegalizou, permitindo que sua fixação ou alteração se processasse por meio da legislação tributária (CTN, art. 160), expressão que compreende não apenas as leis, mas também os decretos e as normas complementares (CTN, art. 96). Orientação contrariada pelo acórdão recorrido. Recurso conhecido e provido.²²⁶

Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, frequentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificações, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado. É isso o que justificou a atribuição de poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado. Desejo deixar bem vincado aqui o meu ponto de vista a respeito do poder normativo das agências. Quando reconheço ser constitucionalmente viável que elas desfrutem de um tal poder, de modo algum estou sugerindo que elas produzam ‘regulamentos autônomos’ ou coisa parecida, pois todas as suas competências devem ter base legal – mesmo porque só a lei pode criá-las, conferindo-lhes (ou não) poderes normativos. A constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver estabelecido *standards* suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa”. (SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006).

²²⁵ FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 403.

²²⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário. Tributário. IPI. Art. 66 da lei nº 7.450/85, que autorizou o ministro da fazenda a fixar prazo de recolhimento do IPI, e portaria nº 266/88/mf, pela qual dito prazo foi fixado pela mencionada autoridade. Acórdão que teve os referidos atos por inconstitucionais. Recurso Extraordinário n. 140.669/PE. Recorrente União

Destarte, a deslegalização apresenta-se não como substituição da lei por regulamentos (autônomos), mas pela complementação e regulamentação da lei, já existente, ou seja, prévia ao regulamento, através de ato da Administração sobre a matéria específica a ser abordada, não se tratando, pois, “de ação ilimitada por parte do administrador público, mas, ao contrário, de atividade situada dentro dos padrões que a lei fixou”²²⁷.

Na realidade, o instituto da deslegalização aproxima-se muito da competência do chefe do Poder Executivo de realização de Decretos que visam, ou deveriam limitar-se, ao fim e ao cabo, apenas a regulamentar certa matéria prevista em lei.²²⁸

Por isso, é possível afirmar que a deslegalização é matéria que se situa além dos limites da reserva legal uma vez que os assuntos que permitem a deslegalização não são daqueles que somente possam ser tratados por lei, mas, antes, viável e mister sejam abordados por produção normativa especializada. O artigo 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²²⁹ é explícito ao negar a possibilidade de produção normativa pelo executivo, todavia, há no próprio texto constitucional, segundo interpretação sistêmica, a possibilidade da deslegalização para além dos limites da reserva legal, como é o caso da capacidade de elaboração de leis delegadas pelo Presidente da República²³⁰; a competência privativa desse para a expedição de decretos acerca da organização e funcionamento da administração federal e extinção de funções ou cargos públicos vagos²³¹, ou até mesmo da competência dos Ministros de Estado para

Federal e recorrido Companhia Atlantic de Petróleo. Relator Ministro Ilmar Galvão, 18 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 set. 2010.

²²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. **Interesse Público**, [S.l.]: v. 7, n. 35, p. 49-60, jan./fev. 2006.

²²⁸ No mesmo diapasão: GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117.

²²⁹ “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2009).

²³⁰ Art. 68, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

²³¹ Art. 84, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

expedição de instruções relativamente à execução de leis, decretos e regulamentos²³².

É a partir da deslegalização, portanto, que surge o espaço designado como poder normativo das agências.

O poder normativo da ANATEL, sob essa óptica, será decorrência da própria lei, a qual deverá previamente delimitar os espaços normativos a que estará restringida sua atuação normativa.

Outrossim, imperioso ressaltar que diante de certas matérias, nem mesmo a lei poderá fornecer subsídio para a produção normativa da ANATEL, como é o caso da criação de infrações e sanções, matéria que, como visto, pelo princípio da reserva legal, somente pode ser tratada por Lei, ou seja, não é passível de deslegalização em virtude de haver expressa previsão constitucional a exigir que somente por força de lei alguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo²³³, bem como da impossibilidade de existência de crime ou de pena sem lei anterior que assim os prevejam²³⁴.

Por certo que não se está a afirmar que a lei deva conter a previsão e/ou autorização de produção normativa de toda e qualquer classe, mas somente àqueles não abrangidos ou tocados pela reserva legal. Neste aspecto, em certo ponto aparentemente a *contrario sensu* do até então defendido, entende-se até que seria plausível conceder, via deslegalização, poder normativo à ANATEL para regulamentar infrações e sanções com base em prévia autorização legislativa expressa para tanto. Explica-se: por exemplo, apenas para hipóteses como a de gradação de critérios de multas de acordo com o agir do infrator, considerando-se elementos estritamente técnicos a informar a necessidade de maior ou menor penalidade conforme a conduta realizada, v.g. a não observância no uso de equipamentos determinados e consoante diretivas técnicas previstas pela Agência.

²³² Art. 87, parágrafo único, II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

²³³ Art. 5.º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

²³⁴ Art. 5.º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

É possível ainda, em alguns casos, que haja uma presciência geral para determinados temas²³⁵. Exemplificativamente, como mencionado acima²³⁶, é o que acontece no âmbito da ANATEL, quando a Lei Geral de Telecomunicações prevê, em seu artigo 19, incisos XII, XIII e XIV, a competência para que a Agência expeça normas acerca de matérias estritamente técnicas, como quanto aos equipamentos utilizados pelas prestadoras de serviços de telecomunicações; reconhecimento de certificação de produtos com base em critérios técnicos previamente estabelecidos pela ANATEL; bem como o estabelecimento de normas e padrões sobre operação integrada e interconexão de redes e respectivos equipamentos terminais²³⁷.

Então, nesses casos, é evidente que a ANATEL terá poder normativo maior, embora existente certa delimitação legislativa (*standards*²³⁸), para expedição de normas.

Pegue-se o exemplo do inciso XII do referido artigo legal, nesse caso foi atribuído à Agência um amplo poder normativo e, deveras, genérico para fins de

²³⁵ Veja-se lição de BARROSO a respeito: “embora em alguns casos seja possível dizer que a lei apenas atribui um espaço discricionário amplo aos agentes administrativos, em outros há verdadeira delegação de funções do Legislativo para a agência, transferindo-se quase inteiramente a competência para disciplinar determinadas questões”. (BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras, constituição, transformações do estado e legitimidade democrática*; In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 187).

²³⁶ Ver NR 213.

²³⁷ “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...] XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem; XIII - expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos; XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais”. (BRASIL. **Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 06 set. 2009).

²³⁸ “[...] a doutrina brasileira passou a encarar com certa atenuação a questão das delegações legislativas, para admiti-las, com reservas, sempre que o legislador oferecesse *standards* adequados, isto é, quando houvesse início de legislação apta a confinar dentro em limites determinados a normatização secundária do órgão delegado.” (BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas)*. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 173).

especificação de normas e padrões que deverão ser observados pelas empresas reguladas no uso de seus equipamentos.

Diga-se que a lei não especifica que tipo de equipamento, o que certamente aumenta a gama de possibilidades normativas por parte da ANATEL. E nem seria viável pretender que houvesse tamanha delimitação legal, sob pena de se incorrer no esvaziamento da própria Agência, que é, em última análise, quem detém o conhecimento técnico e científico para tanto²³⁹.

Não se trata, como visto acima, de delegação de poder normativo do Legislativo à ANATEL²⁴⁰, mas do poder normativo como decorrência do instituto da deslegalização.

Em outros termos:

A competência reguladora das Agências, autarquias que integram a Administração Pública indireta, envolve a tarefa de expedir normas sobre a prestação de serviços públicos ou sobre o exercício de atividades econômicas, sempre subordinada aos preceitos legais e regulamentares. Revela-se bastante discutível a posição adotada por alguns juristas brasileiros que vêem na competência reguladora da Agência uma capacidade para produção de atos primários, dotados de força para inovar, de forma originária, o ordenamento jurídico. Afinal, aceitar a transferência de funções legislativas ou mesmo regulamentares à [sic] pessoas jurídicas que integram a Administração Pública poderia importar, no regime brasileiro, quebra do princípio da separação de poderes, erigido à cláusula pétrea e verdadeiro limite material ao poder de reforma constitucional (inc. III, § 4º, do art. 60).²⁴¹

²³⁹ Ademais, consoante CUÉLLAR: “Importa destacar que a ação disciplinadora dos entes reguladores tornar-se-ia inócua e restariam frustradas as razões de sua instituição, se tais órgãos se restringissem à prática de atos repressivos, por exemplo, sem poder elaborar normas de caráter geral, veiculatórias de sua política econômica. Tampouco seriam úteis na hipótese de configurarem mera ‘reprodução’, com denominação diversa, das tradicionais autarquias. Verifica-se, portanto, que as agências reguladoras precisam dispor de meios de atuação, de poderes compatíveis com as funções que lhes foram outorgadas.” (CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 129).

²⁴⁰ Nesse ponto, aduz BACELLAR FILHO: “[...] a natureza da competência legislativa das agências reguladoras no Brasil não retrata e nem importa em delegação de poderes legislativos. A própria concepção constitucional do ato de delegar (outorga excepcional e temporária) não seria compatível com a natureza jurídica das agências reguladoras”. (BACELLAR FILHO, Romeu Filho. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 153-162, out./dez. 2002).

²⁴¹ BACELLAR FILHO, Romeu Filho. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 153-162, out./dez. 2002.

Destarte, pertinente citar a precisa lição de CUÉLLAR acerca do poder normativo das agências reguladoras, que assim o define:

No Brasil o que existe é um poder normativo/regulamentar diverso daqueles que existem em outros países. Trata-se de um poder temperado, adaptado ao sistema jurídico brasileiro, não podendo (i) inovar de forma absoluta, “*ab ovo*”, na ordem jurídica, (ii) contrariar a lei e o direito, (iii) desrespeitar o princípio da tipicidade, (iv) impor restrição à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas, (v) ter efeito retroativo (em princípio). Ademais a expedição de regulamentos deve ser fundamentada, precisa respeitar a repartição de competências entre os entes da Federação, e se submete a controle pelo Poder Judiciário.²⁴²

Assim, o poder normativo da ANATEL apresenta-se muito próximo do poder regulamentar²⁴³ da Administração Pública, porém com abrangência um pouco mais larga, porquanto delineado pela deslegalização, ou seja, lhe é permitido normatizar determinadas matérias – especialmente as de cunho técnico – ainda que ausente previsão legal específica de certos temas. Logo, trata-se de autorização legislativa genérica em casos específicos, como nos exemplos citados acima, porém com específica previsão na Lei dando dita competência normativa para esses assuntos à Agência.

Deste modo, é a Lei que, ao fim e ao cabo, irá definir os espaços normativos da Agência, primordialmente quando se tratar de expedição e/ou criação de normas ou regulamentos atinentes a sanções administrativas e sua respectiva aplicação aos entes regulados, hipótese em que o espaço normativo da agência se apresenta ainda mais reduzido face o princípio da reserva legal.

Cumpra, então, verificar onde se apresentam as eventuais fontes justificadoras do poder administrativo sancionador e, mormente, dos espaços normativos a respeito da criação de infrações e sanções por parte da ANATEL no ordenamento pátrio.

²⁴² CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 72.

²⁴³ “[...] o exercício do poder regulamentar resulta em atos normativos secundários de cunho administrativo. Classicamente, no Direito brasileiro, o regulamento é ato emanado do Executivo, destinado a explicitar, detalhar o modo e forma de execução da lei. Vale dizer: é ato inferior à lei e a ela subordinado.” (BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas). In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 177).

2.3 Possíveis fontes ao poder administrativo sancionador da ANATEL

Como visto, é essencial a existência de Lei prévia a servir de fonte para o poder administrativo sancionador da ANATEL. E quando se fala em Lei, é em seu sentido formal, estrito, ou seja, Lei criada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República.

Nesse prisma, algumas possibilidades se delineiam a fim de fundamentar o poder administrativo sancionador da agência reguladora de telecomunicações, sendo elas, por ordem de especialidade, a Lei Geral de Telecomunicações, a Lei Federal do Processo Administrativo²⁴⁴, o Código de Defesa do Consumidor²⁴⁵, e os Contratos de Concessão.

Em relação aos dois primeiros textos legislativos, por se tratarem de fontes diretas, não se encontram maiores dificuldades para visualizar a ausência de suporte ao referido poder sancionador.

A Lei Geral de Telecomunicações, em seu artigo 1.º e parágrafo único²⁴⁶, conferiu poder de polícia para a União, que nesse caso atuará por intermédio do órgão regulador, ao albergar o termo “fiscalização”, ou seja, atividade posterior à edição de infrações e sanções, típico exercício do poder de polícia. Também não se pode dar interpretação ao vocábulo “disciplinamento” como eventual fonte de poder administrativo sancionador, porquanto o termo deve ser entendido como a organização e instituição de regras técnicas, dotadas da especialidade que o

²⁴⁴ BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

²⁴⁵ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 06 set. 2009.

²⁴⁶ “Art. 1.º Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações. Parágrafo único. A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.” (BRASIL. **Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 06 set. 2009).

setor demanda, não no sentido do substantivo “disciplina”, dando ideia de ordem e castigo.

Confirmando a atribuição de poder de polícia à ANATEL têm-se os incisos VI, IX, XI, XVIII e XIX, do artigo 19 da Lei Geral de Telecomunicações²⁴⁷, porém, em nenhum dos casos há atribuição de poder normativo no âmbito administrativo sancionador.

Não há, no entanto, qualquer previsão a autorizar o exercício de poder sancionador pela ANATEL, porque, como visto, este depende da existência de normas sancionadoras ao menos gerais, ou ainda, minimamente, a atribuição de competência normativa à Agência para integração de normas repressivas.

MOREIRA NETO, em parecer encomendado pela FEBRATEL (Federação Brasileira de Telecomunicações), acerca da Consulta Pública n. 847 da ANATEL, assim se manifestou sobre o assunto:

(...) para o exercício do poder sancionador, a LGT não fornece o mesmo respaldo que oferece para o poder de polícia. Seria necessário que o legislador arrolasse infrações e sanções, delegando ao Poder Executivo apenas atividades nitidamente operacionais, de complementação, no campo repressivo.²⁴⁸

Por outro lado, a Lei Federal do Processo Administrativo também não serve de fonte legitimadora ao exercício de poder administrativo sancionador da

²⁴⁷ “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...] VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções; [...] IX - editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções; [...] XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções; [...] XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários; XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”. (BRASIL. **Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 06 set. 2009).

²⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Parecer encomendado pela Febratel sobre a CP 847**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>>. Acesso em 12 de março de 2008.

ANATEL, vez que se cinge a qualificar a natureza das sanções administrativas a serem aplicadas²⁴⁹.

Questão interessante surge ao confrontar o poder administrativo sancionador da ANATEL relativamente a outro órgão da Administração Pública, de forma a possibilitar o exercício de tal poder.

A Constituição Federal assegura no art. 5.º, XXXII²⁵⁰, como direito fundamental, a proteção dos consumidores em nível nacional. Tal inciso faz referência expressa à lei. Trata-se do Código de Defesa do Consumidor²⁵¹, Lei que cuidará da proteção e da defesa dos consumidores no Brasil.

O Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 55 a 60 trata expressamente das sanções administrativas. Assim, surge o seguinte questionamento: No caso específico da ANATEL, haja vista o atual panorama traçado, teria o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a competência para a aplicação de infrações e sanções, com base no Código de Defesa do Consumidor?

Quais seriam os poderes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, especialmente quanto às sanções administrativas dos serviços públicos regulados de telecomunicações?

Ainda: não se poderia considerar o Código de Defesa do Consumidor uma fonte legal a dar subsídio para a ANATEL na criação de infrações e sanções?

Antes, porém de chegar às devidas conclusões acerca do tema, algumas definições e apontamentos importantes se fazem necessários.

²⁴⁹ “Art. 68. As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa.” (BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2009.)

²⁵⁰ “XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

²⁵¹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 06 set. 2009.

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) foi instituído pelo Código de Defesa do Consumidor²⁵² e é coordenado pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor²⁵³ (DPDC), órgão federal integrado à estrutura do Ministério da Justiça²⁵⁴.

Sobre o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, veja-se ainda que:

[...] o Código prevê a participação de diversos órgãos públicos e privados, bem como a incrementação de vários institutos como instrumentos para a realização da Política de Consumo.

O art. 105 denominou-os “Sistema Nacional de Defesa do Consumidor”, que é a conjugação de esforços do Estado, nas diversas unidades da Federação, e da sociedade civil, para a implementação efetiva dos direitos do consumo e para o respeito da pessoa humana na relação de consumo.

Quis o Código que o esforço fosse nacional, integrando os mais diversos segmentos que têm contribuído para a evolução da defesa do consumidor no Brasil.²⁵⁵

Em que pese o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor ser composto por órgãos públicos e privados, na mais lisa leitura do artigo 105 do Código de Defesa do Consumidor, não se pode afirmar que fazem parte dele as agências reguladoras, ao menos não de forma direta, embora estas também se relacionem

²⁵² “Art. 105. Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.” (BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 06 set. 2009).

²⁵³ “Art. 106. O Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional de Direito Econômico (MJ), ou órgão federal que venha substituí-lo, é organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor [...]” (BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 06 set. 2009).

²⁵⁴ “A Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) não se contentou em estipular direitos em favor do consumidor. Foi além e instituiu um *Sistema Nacional de Defesa do Consumidor* (SNDC), com o objetivo de possibilitar a articulação dos órgãos públicos e privados que possuem a atribuição e o dever de tutelar o consumidor, obtendo-se a almejada eficácia social da lei.” (BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. tir. São Paulo: RT, 2008, p. 321).

²⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. rev. ampl. e atual. conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 950.

com suas finalidades de proteção dos consumidores de serviços públicos regulados²⁵⁶.

Assim, inegavelmente a matéria de competência das agências perpassa, também, pela proteção e defesa dos consumidores na regulação de determinada atividade econômica. Trata-se, portanto, de competência concorrente entre o Código de Defesa do Consumidor e agências reguladoras²⁵⁷.

Todas as agências reguladoras mencionadas, conforme se procurou demonstrar, incluem dentre suas atribuições, de modo mais ou menos exposto, a consideração dos interesses dos consumidores na regulação da atividade econômica de que se ocupam. Ao mesmo tempo, o próprio CDC é exposto em seu art. 22, ao incluir no seu âmbito de incidência os serviços públicos cuja prestação caracterize-se como relação de consumo, sejam eles prestados pela própria Administração, sejam prestados mediante regime de concessão e permissão.²⁵⁸

Destarte, sobre a competência ou não do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor na aplicação de infrações e sanções, com base no Código de Defesa do Consumidor, àquelas situações em que ocorrer inobservância às regras previstas no próprio Código Consumista, ver-se-á que a resposta é positiva.

Aliás, nada impediria, fosse o caso, que havendo normas similares por parte da ANATEL – devidamente amparadas pelo princípio da legalidade –

²⁵⁶ “Além das entidades públicas e privadas que têm por função específica a defesa dos direitos do consumidor, existem várias outras que, indiretamente, também exercem esse papel. São órgãos estatais criados para fiscalizar determinadas atividades econômicas que, naturalmente, afetam os interesses dos consumidores, como a Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações, que atua na área de telefonia fixa e móvel.” (BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. tir. São Paulo: RT, 2008, p. 340).

²⁵⁷ “De salientar-se, no entanto, o importante fato de as Agências Reguladoras não fazerem parte do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, o que garante aos órgãos da União, estaduais e do Distrito Federal, no âmbito de suas atribuições e em caráter concorrente, baixar normas de consumo (aqui, exceção dos Municípios), bem como, fiscalizar e punir os fornecedores de serviços públicos por práticas danosas no mercado de consumo brasileiro, independentemente da atuação das agências nacionais. (DORNELES, Renato Moreira. **Tutela administrativa dos consumidores no Brasil como paradigmas aos países do mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 92-93).

²⁵⁸ MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: RT, 2008, p. 403.

restassem aplicadas subsidiariamente com as normas do Código de Defesa do Consumidor²⁵⁹. Isso sob o fundamento dos diferentes interesses em tela.

[...] no tocante aos denominados *conflitos horizontais*, é importante observar que, invariavelmente, a atuação simultânea entre diversos órgãos públicos se justifica pelos interesses diversos que estão em jogo (fundamento). Nos setores regulados, como o de telefonia e energia elétrica, a finalidade das agências, na aplicação de sanções previstas em leis setoriais, diz respeito, muitas vezes, à eficiência do mercado regulado. Não há aí possibilidade de *bis in idem*, ou seja, incidência, em tese, de duas penalidades administrativas pelo mesmo *fato e fundamento*.²⁶⁰

Não obstante, os órgãos de defesa do consumidor integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, possuem certas limitações no que tange à fiscalização e imposição de sanções.

Senão, veja-se que:

A atuação fiscalizadora do órgão administrativo de defesa do consumidor será totalmente autônoma e eficaz apenas nas hipóteses de imposição das sanções de multa, apreensão do produto e imposição de contrapropaganda. Na aplicação das demais sanções, a eficácia da penalidade submete-se à confirmação pelo órgão normativo ou regulador da atividade, no limite da sua competência (art. 18, § 3.º, do Dec. 2.181/1997). Daí a necessidade de atuação integrada entre os órgãos de defesa do consumidor e os reguladores da atividade econômica, a fim de permitir maior eficiência na atuação administrativa de defesa do consumidor.²⁶¹

²⁵⁹ “Como podemos observar, a existência de agências reguladoras no Brasil, responsáveis por setores específicos dos serviços públicos, em nenhum momento afronta os órgãos de defesa do consumidor. Pelo contrário, somam-se aos órgãos Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, ainda que não integrem este. No Brasil, cumpre referir, as leis e regulamentos das agências reguladoras são aplicados de forma subsidiária ao Código de Defesa do Consumidor; estando, portanto, subordinadas à Lei 8.078, de 1990.” (DORNELES, Renato Moreira. **Tutela administrativa dos consumidores no Brasil como paradigmas aos países do mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 93).

²⁶⁰ BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. tir. São Paulo: RT, 2008, p. 343.

²⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 820.

Isso remete, desde logo, saber quais seriam os poderes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, especialmente quanto às sanções administrativas dos serviços públicos regulados de telecomunicações.

Conforme exposto acima, existe a limitação no tocante à fiscalização e imposição de sanções mencionada. Ademais, entende-se que os órgãos de defesa do consumidor detêm competência para aplicar as sanções previstas no próprio Código de Defesa do Consumidor aos prestadores de serviços de telecomunicações, sempre que houver a incidência de suporte fático para tanto no campo normativo do referido *Codex*, ainda que tal serviço esteja na esfera de atuação da ANATEL.

Isso porque o Código de Defesa do Consumidor é o que MIRAGEM denomina de “marco regulatório geral”²⁶², aplicando-se, portanto, às atividades de prestação de serviços públicos, no caso, às telecomunicações.

E ainda:

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade regulatória dos serviços públicos é conclusão que necessariamente emerge da observância do princípio da legalidade que informa a atividade dos órgãos administrativos competentes para realizá-las. O CDC, de sua vez, estabelece em seu art. 22: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.²⁶³

²⁶² “Como afirmamos, constituem os marcos regulatórios gerais, normas de caráter geral, incidentes sobre a atividade de prestação de serviços públicos, tendo em consideração elementos específicos que, em razão de um critério especial, que pode inclusive ser estranho a relação jurídica de prestação de serviços públicos, incidem sobre a mesma por força dessa especialidade, ou mesmo do fundamento constitucional que encerram. São gerais, nesse sentido, porque se aplicam em todas as relações jurídicas que apresentem um [sic] determinada relação jurídica que constitui a razão de sua existência. Assim, em relação à atividade de prestação de serviços públicos, é correto identificá-los como normas que não se aplicam *apenas* a esta espécie de atividade, mas *inclusive* a ela, da série de *topos* normativos nos quais identifica a relação jurídica especial que define. É o caso do Código de Defesa do Consumidor (...)”. (MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor:** fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: RT, 2008, p. 424-425).

²⁶³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 823.

Então, mesmo que houvesse marco específico no setor de telecomunicações, ou em qualquer outro setor do serviço público regulado, segue viável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor sempre que caracterizada a relação de consumo²⁶⁴. Não obstante, nos outros casos, a aplicabilidade fica limitada ao exame casuístico e hermenêutico.

Por fim importa saber se o Código de Defesa do Consumidor não serviria como fonte legal a fim de subsidiar a ANATEL na criação de infrações e sanções.

Com efeito, crê-se que o Código de Defesa do Consumidor não se presta para dar tal suporte legal.

O Código de Defesa do Consumidor abarca questões atinentes ao consumo, inclusive de serviços públicos, disso não parece resultar maiores problemas. Significa dizer: o Código do Consumidor poderá servir de suporte normativo ao exercício de poder administrativo sancionador da ANATEL quando houver a ocorrência de um fato, por parte da empresas de telecomunicações reguladas, que diga respeito diretamente a relação de consumo e desde que haja previsão legal na Lei Consumista a respeito (como violação aos direitos dos consumidores).

Entretanto, essa característica não serve de respaldo para que a ANATEL crie infrações e sanções.

É preciso que haja norma (lei) expressa no sentido de conferir poder administrativo sancionador para a Agência, ou seja, criação de infrações e sanções de forma prévia pela Lei.

Portanto, deveria haver a previsão de um rol de infrações e sanções na medida da especialidade que determinado serviço público exige, no caso em tela, relativamente às telecomunicações.

Não pode ficar um setor de tamanha importância e complexidade sem previsão legal específica a embasar o poder administrativo sancionador de sua Agência Reguladora.

²⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 830.

Como já afirmado, não se duvida da aplicabilidade subsidiária do Código de Defesa do Consumidor naquilo que couber, mas daí a ele se tornar fonte legal a embasar o poder administrativo sancionador da ANATEL não parece ser a solução mais indicada para solucionar o problema. Até porque o setor de telecomunicações demanda por uma maior especialização de suas normas sancionadoras.

Outra eventual fonte ao poder administrativo sancionador da ANATEL seria o próprio contrato de concessão, permissão ou autorização.

Inolvidável que a Administração Pública mantém dois tipos de relações diferentes com os particulares no que tange ao Direito Administrativo Sancionador.

A primeira é aquela diretamente ligada ao indivíduo, pessoa física ou jurídica enquanto administrado. Nesses casos, a incidência do Direito Administrativo Sancionador vai ocorrer à semelhança do que se dá com o Direito Penal. Significa dizer, com ampla e integral observância de princípios como o da legalidade, da tipicidade, da culpabilidade, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, do *no bis in idem* etc.

A segunda será no âmbito do Estado e dos particulares, porém aqui, sob bases contratuais. Neste prisma se enquadram aquelas relações oriundas da delegação de serviço público²⁶⁵, as quais resultam na concessão, permissão e autorização de serviços públicos.²⁶⁶

²⁶⁵ A delegação de serviço público é a sua transferência da prestação ou execução, por ato administrativo para um terceiro, particular. Assim a lição de MEIRELLES: “[...] a delegação é utilizada para o traspasse da execução de serviços públicos a particulares, mediante regulamentação e controle do Poder Público. A delegação é essencial para a legalidade da prestação do serviço por parte do particular, sob pena de se tornar ‘clandestina’, isto é, sem a indispensável regulamentação e controle público” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 366). Relevante ressaltar, ainda, que a delegação de serviços públicos somente pode ocorrer em determinadas atividades, as quais estão listadas na Constituição Federal, notadamente no art. 21, incisos XI (este trata especificamente acerca dos serviços de telecomunicação) e XII

²⁶⁶ Em virtude do escopo do presente estudo, não serão abordadas as peculiaridades de cada uma das modalidades de delegação de serviço público, porém, em exame perfunctório, cumpre mencioná-las sinteticamente: a) a concessão é “[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas,

Pela concessão, permissão e autorização de serviços públicos, em suma, o Estado delega a realização, a execução de serviços públicos a particulares sem, no entanto, perder a titularidade sobre tais serviços que continuam sendo de natureza pública²⁶⁷ e podem, a qualquer tempo, ser retomados pelo delegante a bem do interesse público²⁶⁸.

Destarte, surge o questionamento acerca da possibilidade de a ANATEL criar infrações e sanções no bojo desses contratos de delegação, tendo como pressuposto a titularidade do serviço (público) e uma sujeição do particular (empresa de telefonia, por exemplo) aos comandos contratuais, pois mero executor de uma função que ainda é do Estado.

Ou mesmo, de se saber se, por consequência da natureza do serviço prestado e da relação de cunho eminentemente contratual, estaria a ANATEL respaldada a criar infrações e sanções administrativas mediante prévia Consulta Pública dos interessados.

2007, p. 269); b) a permissão é “[...] o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 213); e c) a autorização, que é “[...] o ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização como ato de polícia)” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 212).

²⁶⁷ É o que se retira da leitura da própria Carta Política, que assim prevê: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2009).

²⁶⁸ Em síntese: “Não se deve confundir a titularidade do serviço com a titularidade da prestação do serviço. Uma e outra são realidades jurídicas visceralmente distintas. O fato de o Estado [...] ser titular de serviços públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém “senhoria” sobre eles (a qual, de resto, é, antes de tudo, um dever em relação aos serviços que a Constituição ou as leis puseram ou venham a por a seu cargo) não significa que deva obrigatoriamente prestá-los por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço. Na esmagadora maioria dos casos estará apenas obrigado a discipliná-los e a promover-lhes a prestação. Assim, tanto poderá prestá-los por si mesmo como poderá prover-lhes a prestação conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo (particulares e outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta delas) titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal solução (sem prejuízo do devido respeito aos interesses econômicos destes terceiros que sejam afetados com a retomada do serviço). Ou seja, poderá conferir ‘autorização’, ‘permissão’ ou ‘concessão’ de serviços públicos [...] para que sejam efetuados por tais pessoas.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 661-662).

Significa dizer: dar maior valoração ao fato de se tratar de serviço público delegado por meio de contrato com a Administração Pública (titular) do que a uma legalidade estrita, no sentido de reserva legal, a impor prévio lançamento ao menos de *standards* relativamente a sanções e infrações do setor.

Não parece, contudo que esta seja a melhor situação, embora se reconheça ser a que mais se aproxime de validar o poder administrativo sancionador da Agência.

Ainda que se admita a viabilidade de aplicação (e não criação) de sanções a determinadas infrações por força dos termos contratuais, estas somente terão validade se devidamente amparadas pelo princípio da legalidade.

Isso se dá por implicação direta que, mesmo o contrato de delegação de serviço público não pode inovar no mundo jurídico, criando novas infrações e sanções consoante os interesses em jogo. As penalidades, por escorreita observância aos princípios da legalidade e da tipicidade, deverão estar previamente estipuladas em Lei, para só então poderem constar em determinada contratação.²⁶⁹

Ademais, não se pode olvidar da existência de duas modalidades distintas de sanções contratuais, na linha do exposto por MOREIRA NETO em parecer sobre o tema²⁷⁰, as sanções externas (não previstas no contrato, mas na legislação, como as sanções previstas na Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos²⁷¹ e na Lei de Licitações²⁷²) e as sanções internas ao contrato (aquelas com explícita previsão contratual).

²⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia e outras formas. 3. ed.. São Paulo: Atlas, 1999, p. 81.

²⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Parecer encomendado pela Febratel sobre a CP 847**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>>. Acesso em 12 de março de 2008.

²⁷¹ BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>. Acesso em 14 fev. 2011.

²⁷² BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 14 fev. 2011.

Relativamente às sanções ditas externas o que se tem no atual panorama legislativo pátrio é a eventual possibilidade de utilização da Lei de Concessões ou, ainda, da Lei de Licitações como fonte sancionadora das empresas contratantes.

Contudo, ditas sanções restam cingidas estritamente às possibilidades legais respectivas, quais sejam, no caso da Lei de Concessões, a caducidade ou aplicação das sanções contratuais (internas), sem menção às penas²⁷³. Já no tocante à Lei de Licitações, há a previsão das seguintes sanções administrativas: advertência, multa na forma do instrumento convocatório ou do contrato; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por até dois anos; e “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade”²⁷⁴.

Assim, é possível afirmar que a ANATEL poderia se utilizar da combinação dos dois diplomas legislativos acima citados como fonte justificadora de seu poder administrativo sancionador, em decorrência do próprio princípio da auto-executoriedade dos atos administrativos, consoante lição de MEIRELLES:

[...] a aplicação de penalidades contratuais diretamente pela Administração é outra de suas prerrogativas correlata à do controle do contrato. Realmente, seria inútil o acompanhamento da execução contratual se, verificada a infração do contratado, não pudesse a Administração puni-lo pela falta cometida. Tal poder resulta do princípio da *auto-executoriedade dos atos administrativos*, [...] extensivo também aos contratos públicos. Destarte, ao contratar, a Administração reserva-se implicitamente a faculdade de aplicar as penalidades contratuais e as legais, ainda que não previstas expressamente no contrato, independentemente de prévia intervenção do Poder Judiciário, salvo para as cobranças resistidas pelo particular contratante.²⁷⁵

No entanto, o poder administrativo sancionador conferido à ANATEL por força da Lei de Concessões e da Lei de Licitações, e face o princípio da legalidade, cinge-se a hipóteses de inobservância dos termos contratuais.

²⁷³ Vide artigos 27, e 38 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

²⁷⁴ Artigo 87 e incisos da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

²⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 212.

Carecem, contudo, de fonte legitimadora quando da ocorrência de condutas, por parte das empresas, que eventualmente não estejam previstas no contrato de concessão, permissão ou autorização, mas que digam respeito à execução do serviço, ou seja, carecem da necessária tipificação pormenorizada de uma gama de condutas passíveis de ocorrência consoante a especificidade do serviço público delegado, como sói ocorrer em setores dotados de grande complexidade técnica tal qual o de telecomunicações.

Quanto às sanções internas, também não podem ser estipuladas ao arrepio da Lei. Não é possível, embora uma aparente aproximação com o Direito Privado e a autonomia da vontade, que a Administração Pública crie obrigações ao delegatário sem qualquer amparo legal, mormente no campo punitivo.

Nesse diapasão, elucidou MOREIRA NETO em parecer já mencionado²⁷⁶:

Todavia, nas sanções puramente contratuais, ocorre o que se pode designar como sanções internas ao contrato, não raro como decorrência do descumprimento de cláusulas contratuais, podendo haver a impressão de que existiria uma aproximação do tratamento da matéria ao campo do Direito Privado.

Em casos de sanções ditas internas, os efeitos da sanção se restringem ao âmbito interno dos contratos, como, por exemplo, quando a contratada descumpra uma cláusula e perde o direito à execução do objeto do contrato. As conseqüências do ilícito contratual ficam restritas ao plano interno do contrato, do ponto de vista formal. Na prática, sabe-se que não é bem assim, porque uma empresa que resulta sancionada em um contrato, acaba por ter outras oportunidades prejudicadas, quando não fulminadas no setor público.

É certo, não obstante, que a aplicação de sanções internas ao contrato obedece, necessariamente, o devido processo legal e princípios constitucionais vinculantes, vedando-se a arbitrariedade dos Poderes Públicos, o que vem ocorrendo amiúde, tanto no Direito Privado quanto no Direito Público, neste último com maior necessidade e contundência.

Um princípio importante que incide nesse terreno é o da boa-fé objetiva nas relações contratuais, para ficarmos com um importante parâmetro do próprio Direito Privado que, cada vez mais, se expande para o Direito Público, através da moralidade administrativa e dos princípios reitores da Administração Pública (art.37 CF).

Não custa lembrar que os contratos de que estamos a cuidar são contratos regidos pelo Direito Administrativo e, portanto, submetidos a um regime especial de vedação ao arbítrio do Poder Público.

FÁBIO MEDINA OSÓRIO, nesse ponto, afirma que as relações contratuais, como os contratos ou as concessões, permitem sancionamentos específicos pelo seu incumprimento, como conseqüência da própria relação contratual e não de uma genérica

²⁷⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Parecer encomendado pela Febratel sobre a CP 847**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>>. Acesso em 12 de março de 2008.

pretensão punitiva do Estado, o que agregaria peculiaridades a essa relação jurídica, mas nem por isso tais peculiaridades autorizam o arbítrio do Poder Público.

No tocante à prestação de serviços públicos, os contratos celebrados entre a Agência e as prestadoras envolvem direitos fundamentais, tanto das próprias prestadoras (liberdades públicas), quanto dos usuários, de tal sorte que é absolutamente vedado ao Estado Regulador interferir abruptamente nessa relação, desequilibrando-a, sem justo motivo e de forma irracional, irrazoável e sem lastro no devido processo legal.

MEDINA OSÓRIO aduz, nesse passo, que, em se tratando de sanção contratual que atinge direitos fundamentais da pessoa física ou jurídica, não é possível a responsabilidade objetiva, incidindo a responsabilidade subjetiva, que demanda prova de culpa ou dolo no descumprimento contratual, por força da Constituição Federal, que no art. 37, § 6º, prevê, para os próprios agentes públicos, a garantia da responsabilidade por dolo ou culpa, nos casos de regresso, o que significa, com maior dose de razão, garantias superiores aos administrados.

Pode-se averiguar, nos casos concretos, o rol de direitos fundamentais das pessoas jurídicas que prestam serviços públicos na área das telecomunicações e, sobretudo, o rol de direitos fundamentais difusos afetados, potencialmente, por eventuais intervenções arbitrárias do Poder Público em contratos travados com a iniciativa privada.

Considera-se, de tal modo, que os contratos administrativos, internamente considerados consistem em fonte igualmente insuficiente a justificar um amplo poder administrativo sancionador da ANATEL, porquanto sabidamente contrato não é Lei e, para definição de infrações e sanções é necessária prévia tipificação em Lei própria e não casuisticamente de acordo com os interesses da Administração Pública quando da confecção de cada contrato de concessão.

Além disso, aceitando-se a criação de infrações e sanções no contrato de concessão estar-se-ia infringindo o princípio da isonomia, uma vez que possível um eventual direcionamento de sanções mais severas a um determinado delegatário em detrimento de outro, que poderá vir a ser beneficiado por sanções mais brandas, dependendo dos interesses envolvidos.

Cumpra salientar, também, que em termos genéricos, não é possível dizer que a Lei de Concessões ou que a Lei de Licitações possa servir de paradigma legal autorizador (como deslegalização) de um poder normativo à ANATEL no que tange à criação de infrações e sanções via regulamento, resolução etc.

Isso porque, em primeiro lugar, inviável conferir poder normativo genérico acerca de infrações e sanções, consoante já apontado, e segundo porque para

viabilizar eventual integração normativa pela Agência, deveria haver expressa autorização legislativa para tanto, mormente após previsão de, pelo menos, um quadro geral de condutas e sanções a dar respaldo à criação pela ANATEL dentro desses critérios previamente constantes em Lei e tão-somente de forma a complementar, especificar o quanto previsto na legislação para fins de adequação às exigências técnicas do setor. É caso, como referido, da graduação de multas, por exemplo.

2.4 O aparente conflito entre direitos e garantias fundamentais dos prestadores de serviços de telecomunicações e os usuários: possíveis consequências

Conforme já mencionado anteriormente, vê-se a ideia de uma aproximação do Direito Administrativo Sancionador ao Direito Penal, principalmente em termos de salvaguarda de garantias individuais.

Sustenta MEDINA OSÓRIO, desse modo, que existe uma processualidade das relações punitivas, tanto no âmbito penal quanto no administrativo, e que esta é uma característica do Estado Democrático de Direito, em vista da submissão à Lei e ao Direito e conseqüentemente ao devido processo legal, como forma de garantia aos acusados em geral.²⁷⁷

Devem-se enxergar os processos administrativos sancionadores sob a óptica do devido processo legal²⁷⁸ e todos os outros princípios dele oriundos, que visam, ao fim e ao cabo, dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais dos acusados.

²⁷⁷ MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 475.

²⁷⁸ "(...) a imposição de sanções deve observar certas formalidades, tais como o devido processo da lei, onde seja assegurado o princípio da ampla defesa e do contraditório, penalidade prevista em lei, decisão motivada e proporcional à gravidade da falta cometida (princípio da proporcionalidade ou princípio da vedação de excessos)." (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 29).

O contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes qualificam o agir estatal no âmbito da processualidade, sintetizando-o enquanto garantia de meios e de resultados. A suficiência constitucional de uma lei não se basta na estipulação de que tal atividade será operacionalizada através do “processo” ou na simples qualificação de um procedimento como processo. É imprescindível a presença da possibilidade efetiva de cumprir todas as atividades processuais tecnicamente idôneas para fazer valer o direito, aliada à obtenção do provimento adequado ao pedido.

O processo administrativo constitui instrumento de tutela inspirado na idéia de efetividade, identificado não pelo nome em si, mas pelo conteúdo: contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

[...] A acolhida do devido processo legal administrativo assegura o contraponto para o cidadão frente ao poder da Administração de autotutela do interesse público²⁷⁹.

De tal sorte, os processos sancionadores revestem-se de uma larga associação aos preceitos dos processos judiciais e suas garantias, especialmente no campo dos direitos de defesa.

Isso se dá, principalmente, porque as normas administrativas sancionadoras não diferem de forma substancial das normas penais, e assim, há que se equiparar, em ambos os casos, as garantias de um campo e de outro, aplicando-se ao direito administrativo sancionador as garantias previstas no campo do direito penal.

Sob esse enfoque, está-se a assegurar o princípio da isonomia e do devido processo legal, dando maior segurança jurídica às relações de direito punitivo, mormente aos acusados de ilícitos administrativos.

O art. 5º, inc. LV, lido com o inc. LIV, é o nascedouro da regra geral aplicável ao processo administrativo, inserindo-o no rol dos direitos e garantias fundamentais.

[...] Se o processo administrativo impera como garantia constitucional, está confirmada a premissa de investigação da disciplina processual

²⁷⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**: de acordo com as Emendas Constitucionais n.º 18 (D.O.U. 06/02/98) e n.º 19 (D.O.U. 05/06/98). São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 64-65.

administrativa: partindo da Constituição, a lei deve reconstruir o processo à sua imagem e semelhança.²⁸⁰

Ressalte-se, ainda, sobre a possibilidade, e a necessidade, de se observar e respeitar direitos fundamentais das pessoas jurídicas quando na posição de acusadas em processos administrativos sancionadores.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º assegura uma série de direitos fundamentais, via de regra, sem fazer distinção entre pessoas físicas ou jurídicas, em especial nos incisos II, XXXIX, LIII, LIV, LV e LVII, entre outros. Tais previsões constitucionais corroboram com a necessidade de observância desses preceitos também às pessoas jurídicas.

Não há razão, portanto, para, no caso de pessoas jurídicas, negar-se aplicação aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição e na legislação do processo administrativo. A jurisprudência pátria tem afirmado e reafirmado tal possibilidade, inclusive reconhecendo a viabilidade da incidência desses direitos para Estados-membros da Federação²⁸¹.

²⁸⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**: de acordo com as Emendas Constitucionais n.º 18 (D.O.U. 06/02/98) e n.º 19 (D.O.U. 05/06/98). São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 59-61.

²⁸¹ "E M E N T A: CADIN/SIAFI - INCLUSÃO, NESSE CADASTRO FEDERAL, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, POR EFEITO DE DIVERGÊNCIAS NA PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CONVÊNIO MJ Nº 019/2000 - CONSEQÜENTE IMPOSIÇÃO, AO ESTADO-MEMBRO, EM VIRTUDE DE ALEGADO DESCUMPRIMENTO DAS RESPECTIVAS OBRIGAÇÕES, DE LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA INCLUSÃO, NO CADIN/SIAFI, DE QUALQUER ENTE ESTATAL - LITÍGIO QUE SE SUBMETE À ESFERA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HARMONIA E EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS E A UNIÃO FEDERAL - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO - POSSIBILIDADE DE CONFLITO FEDERATIVO - PRETENSÃO CAUTELAR FUNDADA NAS ALEGAÇÕES DE TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO "DUE PROCESS OF LAW" E DE DESRESPEITO AO POSTULADO DA RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA - DECISÃO DO RELATOR REFERENDADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONFLITOS FEDERATIVOS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO. - A Constituição da República confere, ao Supremo Tribunal Federal, a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, "f"), atribuindo, a esta Corte, em tal condição institucional, o poder de dirimir as controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação. Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira. A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, "f", da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que

Tendo em vista essa aproximação do direito administrativo sancionador com o direito penal, fica a lição de que os acusados em geral – e as pessoas jurídicas neste particular – deverão ter direitos e garantias assegurados no campo do Direito Administrativo Sancionador.

Portanto, há que se respeitar os direitos e garantias dos prestadores de serviços de telecomunicações perante a ANATEL quando da aplicação de infrações ou sanções, sem nunca esquecer do importante princípio da legalidade, que como dito, deverá dar o necessário suporte à “punição”, ainda que estejam frente à Agência em especial relação porquanto delegatárias de um serviço público, o que não significa, entretanto o afastamento de certos direitos e garantias do acusado, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa.

De igual sorte, merecem observância os direitos e garantias dos usuários de serviços públicos de telecomunicações, lembrando que, inclusive, a criação e

informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina. Precedentes. LIMITAÇÃO DE DIREITOS E NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PARA EFEITO DE SUA IMPOSIÇÃO, DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. - **A imposição estatal de restrições de ordem jurídica, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo (como sucede com a inclusão de supostos devedores em cadastros públicos de inadimplentes), supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do "due process of law", assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária.** Doutrina. Precedentes. **A RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUALIFICA-SE COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.** - O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. - O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua "contra legem" ou "praeter legem", não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)". Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Plausibilidade jurídica da pretensão cautelar deduzida pelo Estado do Rio Grande do Sul. Reconhecimento de situação configuradora do "periculum in mora". Medida cautelar deferida." (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Questão de Ordem na Ação Cível Originária. Concessão. Medida cautelar. Observância. Requisito. Plausibilidade jurídica. Demonstração. "periculum in mora". Possibilidade. Repasse. Verba pública federal. Estado-membro. Hipótese. Inadimplemento. Administração estadual anterior. Finalidade. Preservação. Continuidade. Política pública. Questão de Ordem na Ação Cível Originária n. 1.048/RS. Autor Estado do Rio Grande do Sul e réu União. Relator Ministro Celso de Mello, 30 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 ago. 2009). (Grigou-se).

existência da ANATEL visa, ao fim e ao cabo, justamente assegurar o melhor serviço e respeito aos destinatários e seus direitos.

Disso resulta um aparente conflito entre os interesses postos em tela.

De um lado, deve-se atentar para o não ferimento de direitos e garantias dos prestadores de serviços de telecomunicações, em especial no campo administrativo sancionador, o que se visa com a criação de infrações e sanções em Lei e de acordo com ela, ou seja, com o princípio da legalidade ou reserva legal, bem assim com a garantia de aplicação do devido processo legal e demais princípios atinentes aos acusados em processos administrativos sancionadores.

Por outro lado, imperioso ressaltar o lado dos usuários dos serviços de telecomunicações, que não podem ficar à mercê de interesses privados e que merecem ver a punição daquelas empresas que desrespeitam seus direitos e garantias constitucionais.

Parecem surgir então duas hipóteses no atual cenário brasileiro de regulação das telecomunicações. Ambas oriundas diretamente da constatação da inexistência do suporte legislativo específico a dar subsídio à criação e conseqüente aplicação de sanções às empresas reguladas, ou seja, em decorrência da ausência de Lei precedente, com a previsão de infrações e sanções aplicáveis ao referido setor.

A primeira delas é a perigosa utilização do instituto da deslegalização com excessos. Quer dizer, utilizar-se da deslegalização como respaldo para a criação de infrações e sanções por meio de resoluções e/ou portarias, enfim, por atos administrativos, quando tal matéria está reservada à Lei.

A deslegalização, da maneira referida, além de ser contrária à ordem constitucional brasileira e separação dos poderes, pode gerar problemas diretamente aos usuários dos serviços de telecomunicações.

A assertiva não nasce ao acaso. Veja-se o ocorrido nos Estados Unidos da América entre os anos de 1965 e 1985²⁸². Havia um forte movimento de deslegalização, possuindo as agências reguladoras um poder normativo

²⁸² CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 104.

excepcional. A consequência não poderia ter sido pior: os grupos econômicos que eram regulados por essas agências, passaram a exercer pressão e influência sobre elas, o que resultou em uma “não-regulação”, na medida em que as agências regulavam conforme as vontades e interesses desses grupos.

Por certo que isso acarretou em consequências diretas aos destinatários dos serviços daquele país.

[...] quando um ordenamento é setorizado, os seus dirigentes, inclusive pela formação técnico-profissional especializada no setor, tendem a ter um contato mais estreito e freqüente com os agentes econômicos regulados, o que, se por um lado é positivo, por outro, se não forem criados os instrumentos necessários, poderá levar à parcialidade das agências.

Com isso se vê que, apesar de, em relação aos poderes políticos do Estado, a independência de tais entidades estar, felizmente, em avançado processo de afirmação, ainda há um longo caminho a percorrer para que seja assegurada a sua plena independência face aos interesses regulados.

Como sói acontecer em problemas que envolvem a ética no trato da coisa pública, a sua solução se dá, mais do que por meios jurídicos instrumentais, pela mobilização e fiscalização cidadã, sobretudo dos grupos de consumidores e usuários interessados [...]²⁸³.

É o grande risco da deslegalização. Deixar questões econômica e socialmente relevantes ao arrepio da lei e abrir espaços para decisões puramente discricionárias, passíveis de arbítrio, conforme interesses privados. É o que se pretende evitar com o princípio da legalidade e da reserva legal com a sua rígida observância pela ANATEL.

A outra hipótese que se faz visível e que poderá, eventualmente trazer consequências gravosas aos usuários das telecomunicações é a impunidade.

A partir do momento em que a ANATEL atua em desrespeito a direitos e garantias das concessionárias e delegatárias, em que a ANATEL age em desconformidade com preceitos constitucionais, e em que a ANATEL atropela a garantia da reserva legal e da separação dos poderes, com a criação de infrações

²⁸³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras: e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 366-367.

e sanções via Consulta Pública e posterior resolução, abrem-se espaços para o controle judicial²⁸⁴.

O Judiciário, provocado pelas prestadoras de serviços de telecomunicações que se sentirem lesadas com a inobservância de seus direitos fundamentais, haverá de exercer o controle jurisdicional, anulando as decisões proferidas pela ANATEL nos casos concretos. Evidentemente que se tratam daquelas decisões fundamentadas em atos contrários ao princípio da legalidade e seus desdobramentos, na linha do que se tem afirmado até o momento.

Isso vai causar a impunidade das prestadoras de serviços públicos e essa impunidade prejudicará os usuários largamente.

Prejudicará porque ficando impunes, abrem-se espaços para atuações temerárias num ambiente notadamente importante do setor público brasileiro, deixando os usuários em uma posição ainda maior de impotência, já que o poder público não cumpriu bem com o seu papel regulador.

Veja-se que o respeito aos direitos e garantias das prestadoras é importante mesmo para que se possa exercer a regulação do setor e o necessário poder sancionador com efetividade e tudo isso perpassa, em última análise pelo cumprimento do princípio da legalidade por parte da ANATEL.

²⁸⁴ Aliás, importante mencionar que o movimento inverso também dá vazão ao controle judicial. Trata-se da ausência de regulação ou de aplicação de punição condizente às empresas, que seguem agindo em prejuízo aos consumidores e abarrotam o Poder Judiciário de demandas entre consumidores e empresas de telecomunicações. Exemplificadamente é o que apurou o Tribunal de Justiça de São Paulo em levantamento feito em âmbito estadual, com a realização de mapa dos cem maiores litigantes naquela Justiça Estadual, onde apareceu em primeiro lugar, com 54.547 processos, a empresa Telefônica, sendo que desses 723 como autora e 53.824 como ré. (TJSP divulga lista das 100 instituições com mais processos na Justiça estadual. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 29 setembro 2010. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/Noticias/Noticia.aspx?Id=8628>>. Acesso em: 26 mar. 2011).

CONCLUSÃO

No presente estudo pretendeu-se abordar as principais questões atinentes à Agência Reguladora de Telecomunicações – ANATEL, inserta que está no cenário nacional de Agências Reguladoras Independentes à luz do princípio da legalidade, da reserva legal, a fim de se identificar em que medida este opera como limite à atuação administrativa sancionadora da autarquia de regime especial.

Assim, partiu-se do exame das origens históricas das Agências Reguladoras, que remontam ao modelo anglo-saxônico e, especialmente, estadunidense de agências na forma de um panorama geral da evolução do instituto naquele país.

Viu-se que a presença de instituições de cunho regulatório não se constitui, em verdade, novidade no Brasil, porquanto possível encontrá-las desde a década de 1910, muito embora sob outras denominações. Todavia, é a partir de meados da década de 1990 que se observou acentuada criação de agências, já com certas características próprias e que de certa forma as diferenciam das até então encontradas em solo pátrio, sendo uma das primeiras a ser criada nesse período, justamente a ANATEL, agência responsável pela regulação do setor das telecomunicações, que engloba ampla gama de serviços como rádios, satélites, televisão, telefonia etc.

Abordou-se o conceito de Agência Reguladora nos Estados Unidos da América e sua “importação” para a esfera jurídico-administrativa brasileira, além de tratar a forma como este conceito foi adotado no país, traçando-se na oportunidade um diferencial relativamente às agências executivas aqui existentes.

Identificada, no Capítulo 1, a natureza jurídica das Agências Reguladoras brasileiras, que se caracterizam, em suma, por seu predicado de autarquias de regime especial, uma vez que dotadas de independência e autonomia econômico-financeira, estabilidade de seus administradores e/ou diretores, competência

regulatória com poderes de intervenção e ausência de subordinação à Administração direta.

Abordaram-se, ainda, os fundamentos básicos do Direito Administrativo Sancionador, com a finalidade de melhor compreender e situar em que espectro a ANATEL detém poder administrativo sancionador, mormente quando comparado ao poder de polícia.

Com esse escopo foi traçado um breve histórico da matéria, notadamente sob o prisma da aproximação existente entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal no que tange à observância de princípios historicamente atribuídos unicamente à última matéria. Disso resulta a necessidade de constante atenção desses princípios na ordem sancionatória administrativa, o que resta afinado com a idéia de um Estado Democrático de Direito via proteção de direitos e garantias individuais frente à atividade sancionadora da Administração Pública e, por corolário, das Agências Reguladoras.

Realizou-se curta explanação sobre a diferença entre o poder disciplinar e o poder administrativo sancionador, a fim de situar ambas as matérias, sendo o primeiro aquele que ocorre em nível interno da Administração relativamente à punição de seus agentes enquanto que o segundo se dá em nível externo, ou seja, frente aos administrados.

Finalmente, abordou-se a distinção entre poder de polícia e poder administrativo sancionador, cujas conclusões, em apertada síntese podem ser assim referidas: o poder de polícia se apresenta como garantia da ordem pública, da legalidade, é atividade preventiva e discricionária; o poder administrativo sancionador é aquele vinculado à aplicação de uma sanção, está diretamente ligado à ideia de punição, trata-se, portanto, da atividade punitiva da Administração e exige respeito ao devido processo legal e outros princípios e postulados aplicáveis à espécie, de maneira que impede a aplicação de sanções baseadas unicamente no exercício do poder de polícia. Nesse prisma foi consignada a aparentemente tênue separação de ambos os institutos e ressaltado que o poder de polícia nem sempre vai significar a aplicação de uma sanção, diga-se, caráter punitivo, ainda que muitas ou na maioria delas vá se

mostrar como o elemento desencadeador do processo administrativo sancionador, porquanto identifica o cometimento da infração.

Funcionando como principal marco ao poder administrativo sancionador da ANATEL, o princípio da legalidade foi estudado desde um perfunctório cotejo histórico, para, então, adentrar-se em sua conceituação, como importante fonte estruturante do próprio Direito Administrativo e, também, em seu aspecto Sancionador.

É justamente no âmbito do Direito Administrativo Sancionador que se pretendeu dar enfoque ao referido princípio, notadamente quando se está de frente para eventual possibilidade ou não de criação de infrações e sanções, o que somente pode ocorrer por força de Lei em sentido estrito, em vista da faceta da legalidade pertinente à chamada reserva legal (algumas matérias somente poderão ser instituídas e regradas por Lei).

Como decorrência lógica da reserva legal, percebeu-se a impossibilidade de criação de infrações e sanções que não por meio de Lei, sendo inviável que a ANATEL assim o faça via portarias, resoluções ou regulamentos. Isso, mesmo considerando que a Agência não está ausente de poder normativo, porém no campo sancionador suas possibilidades de integração são consideravelmente limitadas pelo princípio da legalidade ou reserva legal.

Nem mesmo com a utilização do instituto da deslegalização estudado é possível dizer que a ANATEL teria capacidade para criação de infrações e sanções, ainda que se admita ser viável a regulamentação pormenorizada de certos aspectos referentes a sanções e infrações, como graduação de multas consoante condutas técnicas atinentes ao setor em questão.

Analisadas as principais e possíveis fontes a justificar o poder administrativo sancionador da ANATEL (tendo em vista que ausente premissa legislativa a fixar infrações e sanções ao setor, o que tornaria inviável o exercício de tal poder pela Agência), concluiu-se pela plausibilidade de utilização do Código de Defesa do Consumidor para sancionar as empresas reguladas, desde que a conduta praticada diga respeito à expressa inobservância de norma prevista nesse *Codex*.

Identificou-se, por outro lado, como fonte mais viável para embasar o poder administrativo sancionador da ANATEL, a própria Lei de Concessões de Serviços Públicos e a Lei de Licitações, pois, consoante previsão constitucional, tratando-se de serviços públicos, a titularidade desses, como o são as telecomunicações, será sempre do Estado, que apenas delega sua execução aos particulares. Destarte, as empresas delegatárias estão sujeitas a especial relação para com a Administração Pública, que difere daquela existente entre esta e os administrados, e vai se consubstanciar através de relação contratual de delegação de serviço público. Com isso, torna-se factível a aplicação das sanções previstas nas legislações citadas acima, de maneira combinada, mas restringida à hipótese de descumprimento contratual, não sendo suficientes para embasamento de sanções por fatos não contemplados nos respectivos pactos delegatórios.

Os contratos, por sua vez, poderão conter, desde que igualmente observado o princípio da legalidade e reserva legal, infrações e sanções específicas passíveis de aplicação aos delegatários quando houver expreso descumprimento de determinada cláusula contratual. Trata-se das chamadas sanções internas, mas que também se apresentam insuficientes, mormente porque podem vir a permitir a adoção de critérios absolutamente distintos para uma mesma situação, porém em contratos diferentes, de acordo com a empresa contratante, o que resultaria em afronta ao princípio da equidade.

Por fim, realizou-se vislumbre acerca de possíveis consequências advindas do conflito entre direitos e garantias fundamentais dos prestadores de serviços de telecomunicações e dos usuários, onde foi possível identificar que, ainda que submetidas a especial relação com a Administração (de delegação de serviço público), as empresas de telecomunicações também são sujeito de direitos e garantias constitucionais, como contraditório e ampla defesa, e, especialmente, aqueles oriundos do princípio da legalidade ou reserva legal, consoante leitura sob o viés do Direito Administrativo Sancionador. Igualmente merecem atenção e respeito os direitos e garantias reservados aos usuários.

Dessa maneira, imprescindível que o exercício do poder administrativo sancionador da ANATEL se dê com bases legais sólidas, sob pena de

desregulação do setor e, por consequência, da impunidade das empresas de telecomunicações, as quais poderão sempre se valer do Poder Judiciário para corrigir atuação da Agência em desacordo com o princípio da legalidade ou reserva legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 213, p. 141-148, jul./set. 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**: de acordo com as Emendas Constitucionais n.º 18 (D.O.U. 06/02/98) e n.º 19 (D.O.U. 05/06/98). São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 153-162, out./dez. 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Vol. I. Introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. **Do poder disciplinar na administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, constituição, transformações do estado e legitimidade democrática; In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

_____. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas). In:

_____. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. tir. São Paulo: RT, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2009.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 06 set. 2009.

_____. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 14 fev. 2011.

_____. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>. Acesso em 14 fev. 2011.

_____. **Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 06 set. 2009.

_____. **Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9503.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

_____. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

_____. **Ministério das Telecomunicações**. Disponível em: <<http://www.telebras.com.br/historico.htm>>. Acesso em: 06 set. 2009.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso especial. Processo civil. Medida cautelar de busca e apreensão. Legitimidade. Necessidade. Provimento do recurso. Recurso Especial n. 626.774/CE. Recorrente Agência Nacional de Telecomunicações e recorrido Associação Beneficente José Ednir Maia de Limoeiro do Norte. Relatora Ministra Eliana Calmon, 17 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2009.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso especial. Processual civil. Administrativo. Agência reguladora. Equipamento de radiodifusão. Medida cautelar de busca e apreensão. Legitimidade. Necessidade. Provimento do recurso. Recurso Especial n. 643.357/CE. Recorrente Agência Nacional de Telecomunicações e recorrido Associação Comunitaria dos Pequenos Agricultores de Bonfim Zabelê. Relator Ministro Luiz Fux, 29 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2009.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Direito do consumidor. Contrato de seguro. Não-renovação. Oferecimento de produto similar. Aplicação de multa. Ausência de subsunção do fato à norma. Princípio da legalidade estrita. Provimento do recurso. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21.274/GO. Recorrente Unimed Seguradora S.A., impetrado Secretário de Segurança Pública e Justiça do Estado de Goiás e recorrido Estado de Goiás. Relatora Ministra Denise Arruda, 26 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2009.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Deferimento. Medida cautelar. Dispositivo. Lei estadual (RS). Ofensa. Princípio da separação e independência dos poderes. Subordinação. Assembléia legislativa. Decisão. Exoneração. Conselheiro. (AGERGS). (STF). Determinação. Suspensão. Dispositivo original. Inclusão. Redação. Lei nova. Plenário. Manutenção. Impossibilidade. Governador. Demissão "ad nutum". Ausência. Justa causa. Hipótese. Investidura a termo. Mandato. Agência reguladora lei estadual. Criação. Autarquia estadual. Autonomia financeira. Funcional. Administrativa. Finalidade. Manutenção. Continuidade. Serviço público. Delegação. Particular. Objetivo. Equilíbrio. Interesse privado. Obtenção. Lucro. Defesa. Interesse coletivo. Universalidade. Prestação. Serviço. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.949/RS. Recorrente Governador do Estado do Rio Grande do Sul e recorridos Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul e Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 18 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 mar. 2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Questão de Ordem na Ação Cível Originária. Concessão. Medida cautelar. Observância. Requisito. Plausibilidade jurídica. Demonstração. "periculum in mora". Possibilidade. Repasse. Verba pública federal. Estado-membro. Hipótese. Inadimplemento. Administração estadual anterior. Finalidade. Preservação. Continuidade. Política pública.

Questão de Ordem na Ação Cível Originária n. 1.048/RS. Autor Estado do Rio Grande do Sul e réu União. Relator Ministro Celso de Mello, 30 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário. Ato administrativo. Poder de polícia. Táxi. Serviço. Suspensão. Municipalidade. Pena. Imposição. Defesa. Apresentação. Impossibilidade. Recurso Extraordinário n. 153.540/SP. Recorrente município de São Paulo e recorrido Expedito Candido de Lima. Relator Ministro Marco Aurélio, 15 de setembro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário. Tributário. IPI. Art. 66 da lei nº 7.450/85, que autorizou o ministro da fazenda a fixar prazo de recolhimento do IPI, e portaria nº 266/88/mf, pela qual dito prazo foi fixado pela mencionada autoridade. Acórdão que teve os referidos atos por inconstitucionais. Recurso Extraordinário n. 140.669/PE. Recorrente União Federal e recorrido Companhia Atlantic de Petróleo. Relator Ministro Ilmar Galvão, 18 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 set. 2010.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Agências e agências**. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=2420>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B. **Administrative law and regulatory policy**. Canada: Little, Brown & Company, 1979.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. **Interesse Público**, [S.l.]: v. 7, n. 35, p. 49-60, jan./fev. 2006.

CASTILLO, María Jesús Gallardo. **Los principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica**. Madrid: lustel, 2008.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Direito e processo disciplinar**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. rev. e reelaborada por PASQUALINI, Paulo Alberto. São Paulo: Malheiros, 2007.

COSTA FILHO, Vidalvo Silvio da. Análise da natureza jurídica da anatel. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 363, p. 373-389, 2002.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., p. 13-31, dez. 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 229, p. 153-176, jul./set. 2002.

_____. Quadro jurídico das agências reguladoras brasileiras. *In*: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 419-446.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia e outras formas**. 3. ed.. São Paulo: Atlas, 1999.

DORNELES, Renato Moreira. **Tutela administrativa dos consumidores no Brasil como paradigmas aos países do mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003.

DUARTE, José. O poder disciplinar. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro/São Paulo, n. 50, p. 1-27, out./dez. 1957.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La democracia y el lugar de la ley**. Disponível em: <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artlademicracuayellugar>>. Acesso em: 15 de maio de 2008.

_____; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. I. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000.

_____; _____. **Curso de Derecho Administrativo**. v. II. 7. ed. Madrid: Civitas, 2000.

ESPAÑA. **Constitución española**. Disponível em: <<http://narros.congreso.es/constitucion/index.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Administrative Procedure Act. United States Code**. Disponível em: <<http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/551.html>>. Acesso em: 19 jun. 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, n. 35, p. 143-158, nov./dez. 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado, O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n. 3, p. 253-257, maio 2001.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: La defensa del usuario y del administrado. Tomo 2. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

_____. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. Tomo 1. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. As agências, essas repartições públicas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. rev. ampl. e atual. conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 15-22, Seleção histórica.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras.** São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. A competência normativa das agências reguladoras e o poder regulamentar dos chefes do poder executivo. **Repertório de jurisprudência IOB: tributário, constitucional e administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 14, p. 616-608, jul. 2007.

LORA, Alejandro Huergo. **Las sanciones administrativas.** Madrid: Iustel, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes:** fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

MASHAW, Jerry L.; MERRILL, Richard A.; SHANE, Peter M. **Administrative law:** the American public law system, cases and materials. 4. ed. St. Paul: West Group, 2000.

MASTRANGELO, Cláudio. **Agências reguladoras e participação popular.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Processualidade no direito administrativo, A.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. O conceito de sanção administrativa no direito brasileiro. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

MERCADO, Francisco García Gómez de. **Sanciones administrativas**: garantías, derechos y recursos del presunto responsable. 3. ed. Granada: Editorial Comares, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: RT, 2008.

MODESTO, Paulo. Agências executivas: a organização administrativa entre o casuísmo e a padronização. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 6, set. 2001. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 jun. 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Considerações sobre o poder de polícia. **Jurídica**, Rio de Janeiro, ano XVII, n. 117, p. 184-199, abr./jun. 1972.

_____. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial. 14. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Direito regulatório**: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O Estado e a economia na constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 26, n. 102, p. 5-20, abr./jun. 1989.

_____. **Parecer encomendado pela Febratel sobre a CP 847**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>>. Acesso em 12 de março de 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 11, ago./set./out. 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 jun. 2009.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 3. ed. ampl. Madrid: Tecnos, 2002.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Granada: Editorial Comares, S. L., 2004.

PUIG, Manuel Rebollo. El derecho administrativo sancionador. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REALE, Miguel. Estruturas jurídico-políticas contemporâneas. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 13, p. 145-155, jul./set. 1970.

RINCÓN, Jose Suay. **Sanciones administrativas**. Studio Albornotiana. Bolonia: Publicaciones del Real Colégio de España, 1989.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos de um poder de polícia administrativo à brasileira. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 17, set. 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12 ago. 2009.

SAMPAIO, Francisco Coelho de Souza e. **Prelecções de direito patrio publico e particular, offerecidas ao serenissimo Senhor D. João Principe do Brasil / por Francisco Coelho de Souza e S. Paio**. Coimbra: Na Real Imprensa da Universidade, 1793-1805. - 3 partes em 1 v. Disponível em: <<http://www.bnportugal.pt>>. Acesso em: 23 ago. 2009.

SCHILLING, Voltaire. **América**: a história e as contradições do império. Porto Alegre: LP&M, 2004.

SCHWARTZ, Bernard. **An introduction to american administrative law**. London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1958.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 322-323.

_____. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 55-84, jan./jun. 2007.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TJSP divulga lista das 100 instituições com mais processos na Justiça estadual. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 29 setembro 2010. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/Noticias/Noticia.aspx?Id=8628>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. 11. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

VÁZQUEZ, J. Ramón Parada. Administraciones independientes y estado regulador. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129-157.

VERA, José Bermejo. La potestad sancionadora de La administración. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.