

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

**FEBRATEL –
FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE
TELECOMUNICAÇÕES**

PARECER

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

2008

EMENTA

- I) DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DAS TELECOMUNICAÇÕES. ATUAÇÃO SANCIONATÓRIA DA ANATEL E USO DE PODER DE POLÍCIA. DISTINÇÕES. NECESSIDADE DE COBERTURA LEGAL PARA CRIAÇÃO DE INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. EXISTÊNCIA DE COBERTURA LEGAL PARA EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA E INEXISTÊNCIA DE SUPORTE LEGAL PARA CRIAR INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.**
- II) USO ABUSIVO DE TERMOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NA PREVISÃO DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS E COMINAÇÃO DE PENAS NO PROJETO DE REGULAMENTO DA ANATEL. ARBITRARIEDADE E EXCESSOS DO PODER EXECUTIVO NO USO DE EXPRESSÕES SEMANTICAMENTE AMBÍGUAS EM MATÉRIA DE DIREITO PUNITIVO. VULNERAÇÃO AOS PRINCÍPIOS QUE PRESIDEM O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO.**
- III) RECURSO. DEVIDO PROCESSO LEGAL.**
- IV) DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA. DESLEGALIZAÇÃO. INTEGRAÇÃO DA NORMATIVA SANCIONATÓRIA À LUZ DA LEGALIDADE EM SENTIDO ESTRITO. COMPETÊNCIA DO CONSELHO DIRETOR DA ANATEL PARA EDITAR NORMAS ESPECÍFICAS E METODOLOGIA DE CÁLCULO DA PENA. NECESSIDADE DE CONSTAR DA CONSULTA PÚBLICA DA ANATEL. ANALOGIA COM ART. 59 DO CÓDIGO PENAL.**
- V) NORMAS ESPECÍFICAS EDITADAS ANTERIORMENTE SEM SUPORTE EM CONSULTA PÚBLICA. INVALIDADE.**
- VI) NORMAS INCOMPATÍVEIS COM PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO, DA PARTICIPAÇÃO, LEGALIDADE, TIPICIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA.**
- VII) INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 5º, XXXIX, XLV, XLVI, LIV, LV, LVII, 37, CAPUT e § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTS. 1º, PAR. ÚNICO, 19, IV, X, XXVII, e 22, II, X, 38, 40, 45, 119 E 173 E SEGUINTE DA LEI Nº. 9.472/97 – LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES, ARTS. 2º, 50 E 54 DA LEI Nº. 9.782/99 ; ART. 65 DO REGULAMENTO DA ANATEL.**
- VIII) NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI GERAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO SETOR REGULATÓRIO DAS TELECOMUNICAÇÕES.**

SUMÁRIO

<u>I - INTRODUÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS.....</u>	<u>4</u>
<u>II - A CONSULTA E SUAS RESPOSTAS.....</u>	<u>9</u>
QUESITO 1.....	10
A legalidade da Consulta Pública 847.....	10
QUESITO 2.....	14
Competência e Limites da ANATEL	14
QUESITO 3.....	26
Questão conceitual com implicações legais.....	26
QUESITO 4.....	32
Conceito de má-fé.....	32
Quesito 5.....	41
Óbice à fiscalização.....	41
QUESITO 6.....	44
“Reformatio in pejus”.....	44
QUESITO 7.....	47
Delegação de competência.....	47
<u>III - CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</u>	<u>52</u>
<u>IV - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</u>	<u>55</u>
<u>V - DOCUMENTOS E REFERÊNCIAS NORMATIVAS.....</u>	<u>59</u>
<u>VI - ANEXOS.....</u>	<u>60</u>

PARECER

I - INTRODUÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

A FEBRATEL–FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES solicita Parecer sobre as implicações jurídicas da CONSULTA PÚBLICA 847, dada à publicidade pela ANATEL – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, que versa sobre uma proposta de alteração em seu REGULAMENTO administrativo sancionatório em vigor, tema que enseja uma série de reflexões sobre os limites do Direito Administrativo Sancionador no Brasil e sobre as possibilidades de aperfeiçoamento – desde logo e especificamente, no setor das telecomunicações – no contexto do Estado Democrático de Direito.

Não se cuida, porém, de oferecer uma reflexão sobre os pilares do Estado Democrático de Direito e suas implicações em abstrato, embora essa espécie de meditação ganhe cada vez maior importância em nossos dias. Do que aqui se trata, considerações voltadas à efetiva tutela de valores imanentes ao atual modelo pós-moderno de Estado, já em sua interface mais pragmática com o complexo mercado das telecomunicações e, em especial, com a prática da democracia participativa¹.

Assim, cuida este exórdio, dando a tônica de todo o Parecer que se lhe segue, de sustentar que o tipo de intervenção estatal pretendido na área das telecomunicações, com vistas a garantir esses valores inerentes ao Estado Democrático de Direito, depende, em grande medida, dos instrumentos jurídicos escolhidos e postos em vigor, para se ter uma saudável prática do intervencionismo regulatório consentânea com os direitos e garantias fundamentais.

Por isso, a resposta que se oferece à Consulta proposta pela FEBRATEL guarda plena coerência com tudo o que se tem defendido publicamente há algum tempo, não obstante ser matéria pouco explorada em nosso País, conquanto de elevada importância prática, como se pode aquilatar das reflexões que se seguem.

O objeto destas reflexões recai, pois, de cheio sobre o Direito Administrativo Sancionador, acenando para a construção e desenvolvimento de uma LEI GERAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO SETOR REGULATÓRIO DAS TELECOMUNICAÇÕES, que, lamentavelmente, ainda não se a tem em nosso País, mantendo-se, considerando a importância dos valores individuais em jogo, uma grave lacuna no marco regulatório do setor².

¹ Sobre a relação entre liberdades públicas, mercado e concessões de serviços públicos, é notável o trabalho de Gaspar ARIÑO ORTIZ (**Servicio público y libertades públicas. Madrid: Expansión**, 19 jan. 1999), um paradigma para novas reflexões na Espanha nos anos 90, porque posiciona a iniciativa privada, precisamente, como motor de expansão das liberdades públicas nesse setor, o que se confirmou na Europa com o fenômeno da liberalização dos serviços públicos.

² O ideal seria que se constituísse uma COMISSÃO DE JURISTAS para a redação de um ANTEPROJETO de LEI GERAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DAS TELECOMUNICAÇÕES, desde que haja interesse e receptividade do GOVERNO FEDERAL. Semelhante iniciativa, indubitavelmente, agregaria segurança jurídica, transparência e eficiência ao marco regulatório do setor que, como se procurará demonstrar, está

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Tais fragilidades jurídicas ressaltam, à evidência, na CONSULTA PÚBLICA 847 da ANATEL, tendo, por isso, motivado as preocupações e dúvidas da CONSULENTE, que aqui se procuram solucionar.

Portanto, como é de Direito Administrativo Sancionador o tema central deste trabalho, colhe-se o ensejo para reforçar conceitos que ficaram afirmados em Prefácio à pioneira e inovadora obra nesse domínio, recentemente vinda a lume em 2ª edição, do jurista FÁBIO MEDINA OSÓRIO.

Com efeito, essa obra de MEDINA OSÓRIO, primeira com tal título no Brasil, que tem por título exatamente, ***Direito Administrativo Sancionador***, não se notabiliza apenas pela inovação na nomenclatura, mas por seu atual conteúdo dogmático em que se estabelece a ponte correta entre os avanços seculares sedimentados no Direito Penal e as exigências de garantias jurídicas individuais, próprias do Direito Administrativo pós-moderno, tratamento este, sem dúvida, beneficiado pelo domínio perfeito de ambas as disciplinas, que singulariza a formação do autor³.

Não obstante, a evolução do Direito Administrativo Sancionador, em nosso País, tem sido lenta, embora sólida e bem lastreada, refletindo no Brasil a importância que, paulatinamente, tem ganhado no Direito comparado.

Com efeito, na Europa, onde surgiu como uma das conquistas da renovação e das mutações em curso depois do Segundo Pós-Guerra, foi a partir da década de 60 que as Cortes Constitucionais começaram a construir a dogmática do Direito Administrativo Sancionador, pela aplicação seletiva de princípios penais, embora matizados, a esse domínio, para equiparar garantias individuais, tendo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, consolidado essa orientação na década de 90⁴.

Hoje, na Europa, não há mais espaço para discussões a respeito do alcance das garantias devidas aos acusados em processos administrativos punitivos.

descompassado com os progressos do Direito Administrativo contemporâneo nessa sua importante seara.

³ MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. A formação singular do autor, que recentemente se exonerou do Ministério Público do Rio Grande do Sul para exercer a advocacia privada, Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, onde é Professor nos Cursos de pós-graduação, e Doutor pela Universidade Complutense de Madri, orientado pelo Catedrático EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, realmente mostra uma especial preocupação com esta nova área do Direito Administrativo, desde sua atuação como Professor e como Promotor de Justiça até a de doutrinador e conferencista nacional e internacional nesta matéria. Seu conceito de sanção administrativa, que dá base à sua teoria expansiva do Direito Administrativo Sancionador à Lei 8.429/92, foi formulado originariamente no trabalho intitulado **Corrupción y Mala Gestión de la “res publica”: el problema de la improbidad administrativa en el derecho administrativo sancionador brasileño**. Revista de Administración Pública 149 (RAP), p.487/52, maio/agosto de 1999, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

⁴ Para acompanhar esse histórico, nada melhor do que a leitura de NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2005 e MATTES, Heinz. **Problemas de derecho penal administrativo, historia y derecho comparado**. Trad. José Maria Rodríguez Devesa. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

Impera um ambiente institucional consolidado e saudável, onde o Direito Administrativo Sancionador convive com o Direito Penal de forma simétrica, com suas garantias praticamente equiparadas, em termos formais e substanciais, independentemente dos rótulos que se lhes dêem, guardados os matizes pertinentes⁵.

É bom lembrar, aliás, que, mesmo no Direito Penal, também há nuances que distinguem o tratamento dogmático e jurídico dispensado a distintos nichos e segmentos, tal como ocorre com os ilícitos de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/05) ou os ilícitos contra o meio ambiente (responsabilidade penal da pessoa jurídica) e assim por diante, detalhes que bem revelam que a variação de regimes jurídicos não é uma peculiaridade da diversidade entre os regimes do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal.

No Brasil, caminha-se na mesma direção, sob a influência européia e global. Desde logo, em matéria de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), que envolve normas de Direito Administrativo Sancionador, conforme já destacado na doutrina por FÁBIO MEDINA OSÓRIO e pela jurisprudência do STJ, a importância dessa aproximação do Direito Administrativo com o Direito Penal tem sido notável. Os acusados de improbidade gozam de garantias similares àquelas outorgadas aos acusados de crimes contra a Administração Pública.

Eis aí um importante avanço: os que já viveram as agruras de um processo abusivo por improbidade administrativa, como vítimas de um errôneo entendimento do papel da Administração Pública, já têm podido reconhecer a importância dessas garantias desenvolvidas no Direito Administrativo Sancionador⁶.

Essa mesma conquista, relativa ao regime do Direito Administrativo Sancionador, se estende, marcando uma tendência, no campo do Direito Administrativo Disciplinar, e, com maior razão, no do Direito Administrativo Regulatório. Nesses, em áreas sensíveis a intervenções mais bruscas do poder político, é importante, como imperativo dos tempos atuais, que o Estado se autolimite e proclame o princípio da segurança jurídica com toda a ênfase possível.

⁵ Cf. NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2005.

⁶ Cf. o importante trabalho de MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. O autor propõe uma reflexão fundamentada e da maior relevância sobre a improbidade administrativa de quem acusa, julga e fiscaliza, quando exercita erroneamente suas funções, na categoria designada como intolerável ineficiência funcional, o que se aplica à malha de órgãos controladores em nosso país. Vem a calhar essa espécie de reflexão, quando se sabe que o manejo irresponsável da própria Lei 8.429/92, para ficarmos apenas com um exemplo curial de fiscalização que tem sido objeto de enormes polêmicas e causa prejuízos de ordem moral e material irreparáveis, principalmente os de ordem moral, e quando se sabe, principalmente, que algumas autoridades públicas, por se sentirem acima da Lei e do Direito, incontroláveis, portanto, manejam as normas jurídicas de acordo com interpretações demasiado elásticas e até arbitrárias, dando ensejo a visões distorcidas que, ao fim e ao cabo, resultam fulminadas no Judiciário. No meio do caminho, no entanto, o estrago estará feito. A mesma lógica que dita preocupações quanto ao manejo irresponsável ou leviano da Lei de Improbidade é que determina a responsabilidade de fiscais fazendários, tributários, autoridades reguladoras, procuradores públicos, entre tantas e tantas outras espécies de autoridades públicas que manejam competências da mais alta importância e impacto nas vidas das pessoas físicas e jurídicas. A análise do autor, nesse passo, é a mais ampla possível e deve abrir uma gama enorme de potencialidades litigiosas para a cidadania frente aos Poderes Públicos e seus representantes, ou seja, aumentar o controle da cidadania sobre o Estado.

O Direito Administrativo Sancionador brasileiro, ao contrário do europeu, não tem o mesmo vigor legislativo em termos de garantias, embora encontre respaldo e plena ressonância na Constituição Federal: princípios, como legalidade, tipicidade, devido processo legal, culpabilidade e individualização da pena, são entronizados em nossa Carta Magna e outorgam garantias constitucionais aos acusados em geral, inclusive em processos administrativos sancionadores⁷.

O mesmo se diga quanto aos direitos de defesa, contraditório, de presunção de inocência, de motivação dos atos administrativos, de proporcionalidade, de razoabilidade, impessoalidade, de moralidade e de eficiência, porque se tratam de princípios constitucionais que vinculam os gestores públicos, o que inclui os detentores de poderes de gestão nas Agências, e protegem os administrados, o que inclui as empresas reguladas e fiscalizadas.

Entre os grandes mestres que sedimentaram as discussões sobre Direito Administrativo Sancionador, são sempre, necessariamente, lembrados, e levados em linha de consideração neste Parecer: EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, LORENZO MARTIN-RETORTILLO⁸, ALEJANDRO NIETO, FRANCK MODERNE, GEORGES DELLIS e SUAY RINCÓN, todos balizando a evolução do sistema europeu, que consagra hoje um modelo maduro, que outorga estabilidade aos ambientes institucionais de negócios e investimentos privados, sobretudo porque, com essa sólida garantia oferecida dos direitos fundamentais dos administrados frente ao exercício arbitrário dos poderes do Estado, são essenciais para assegurar e atrair investimentos tecnológicos de ponta e resguardar tanto os direitos dos investidores quanto os dos usuários.

⁷ Os princípios referidos neste parágrafo e no parágrafo seguinte estão espalhados por todo o texto da CF/88, estando inculpidos, *v. g.*, nos incisos do art. 5º e no *caput* do art. 37. Vejam-se alguns desses dispositivos constitucionais:

Art. 5º, 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: [...]”

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:”

⁸ Cabe anotar que Lorenzo Martin Retortillo foi, além de Catedrático da Universidade Complutense de Madrid – hoje é Catedrático emérito - e Diretor de seu Departamento de Direito Administrativo, Senador Constituinte da Constituição de 1978, com enorme influência em toda a formação e inscrição das garantias individuais na Carta espanhola atinentes ao Direito Administrativo Sancionador, sob a égide da Escola de Catedráticos de Eduardo García de Enterría, da qual também participamos na companhia de Fábio Medina Osório nos encontros anuais. Entre seus trabalhos, destacam-se: **“El principio de que las sanciones administrativas no deben ser superiores a las señaladas para las faltas en el libro 3º del Código Penal. Procedência de condena judicial sin perjuicio de la correspondiente competência administrativa. El problema de la duplicidad de las vias sancionatórias”**. RAP, n. 56, 1968 e **“Multas administrativas”**. RAP, n. 79, 1976, dois trabalhos clássicos.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Considerando-se, portanto, o cenário global, observa-se uma tendência uniforme em certos aspectos, como a busca por competitividade, por investimentos internacionais, por segurança jurídica, por estabilidade, por transparência e por um setor regulatório sólido. Em todos, tem o Direito Administrativo Sancionador notável papel a desempenhar, através da incorporação de novos valores humanísticos em seus institutos, abandonando a verticalidade clássica do Direito Administrativo, de OTTO MAYER, e adentrando a horizontalidade atual do Direito Administrativo, de SABINO CASSESE, pois, como se tem constantemente afirmado, o Direito Administrativo de hoje não mais se pode manter autoritário e impositivo, mas necessita ser cada vez mais democrático e dialógico.

Destarte, o valor da participação cidadã na confecção das normas sancionatórias através do diálogo, a partir do princípio da publicidade, é de inegável e crescente importância na vida pública brasileira e há quase duas décadas se tem sublinhado, sem esmorecimento, a importância do princípio da participação no Direito e no Direito Administrativo em particular, como corolário do princípio democrático⁹.

Hoje, o marco regulatório europeu no setor das telecomunicações é consentâneo com o ideário de um Direito Administrativo Sancionador saudável, fortalecido, garantista e comprometido com os direitos fundamentais dos administrados¹⁰.

Por todas essas razões, o prolator deste Parecer se sente extremamente confortável para apreciar uma CONSULTA PÚBLICA, sobretudo

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, **Direito da Participação Política**: legislativa, administrativa e judicial. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

¹⁰ Council of Europe Committee of Ministers Recommendation Rec 2000 (2003) of the Committee of Ministers to member states on the independence and functions of regulatory authorities for the broadcasting sector (Adopted on 20.12.2000) Appendix Recommendation Rec 2000 (2003) Monitoring Broadcastings' compliance with their commitments and obligations 18. Another essential function of regulatory authorities should be monitoring compliance with the conditions laid down in law and in the licences granted to broadcasters. They should, in particular, ensure that broadcasters who fall within their jurisdiction respect the basic principles laid down in the European Convention on Transfrontier Television, and in particular those defined in Article 7. (art.7: In particular, dismissal should only be possible in case of non-respect of the rules of incompatibility with which they must comply or incapacity to exercise their functions duly noted, without prejudice to the possibility for the person concerned to appeal to the courts against the dismissal. Furthermore, dismissal on the grounds of an offence connected or not with their functions should only be possible in serious instances clearly defined by law, subject to a final sentence by a court.)

19. Regulatory authorities should not exercise *a priori* control over programming and the monitoring of programmes should therefore always take place after the broadcasting of programmes.

20. Regulatory authorities should be given the right to request and receive information from broadcasters in so far as this is necessary for the performance of their tasks.

21. Regulatory authorities should have the power to consider complaints, within their field of competence, concerning the broadcasters' activity and to publish their conclusions regularly.

22. When a broadcaster fails to respect the law or the conditions specified in his licence, the regulatory authorities should have the power to impose sanctions, in accordance with the law.

23. A range of sanctions which have to be prescribed by law should be available, starting with a warning. Sanctions should be proportionate and should not be decided upon until the broadcaster in question has been given an opportunity to be heard. All sanctions should also be open to review by the competent jurisdictions according to national law.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

proposta, no âmbito do Direito Regulatório, ainda porque, também nele tem sido que se vem lavrando em outro terreno fértil, em muitos anos de reflexões, com a defesa intransigente, não sem algumas decepções, do princípio da independência funcional das Agências frente aos governantes políticos de plantão.

Com efeito, se despidas da autonomia, característica de todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos que as adotam, as Agências Reguladoras sucumbem à pressão política e restam inanes e desmoralizadas frente aos administrados e à sociedade.

Ao revés, as pautadas por critérios técnicos e jurídicos, atuando com sobriedade, transparência, visibilidade, submetidas a controles públicos prévios e dialogados, são as que propiciam um cenário favorável e necessário para o desenvolvimento dos respectivos setores, como, no caso, o das telecomunicações, como se o quer para nosso País. Não é por outra razão que o legislador, acertadamente, no art. 38 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT) proclama que "a atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade" e, no art. 40 da LGT, assenta que "os atos da Agência deverão ser sempre acompanhados da exposição formal dos motivos que os justifiquem", sublinhando essa necessária independência decisória.

Nesse panorama, um puro texto de Direito Administrativo Sancionador, como este que ora se submete à Consulta Pública pela ANATEL, deve se ajustar aos parâmetros de aperfeiçoamento possíveis e desejáveis, colhendo, a Administração e a Sociedade, este importante momento para impulsionar o Direito Regulatório brasileiro para um grande salto rumo à qualidade e à segurança jurídica do setor.

Com ferramentas ágeis, sintonizadas com valores globais, dinâmicos, ajustados às necessidades do segmento (usuários e regulados), certamente a Agência cumprirá fielmente seu papel constitucional. Para tanto, o apoio do Poder Político é fundamental, o que inclui uma sintonia fina entre os ramos Executivo e Legislativo, até o momento ainda trilhando caminhos diversos nesta seara tão delicada quanto complexa.

II - A CONSULTA E SUAS RESPOSTAS

A CONSULENTE revela imensa perplexidade com o teor da CONSULTA PÚBLICA 847 da ANATEL, como se patenteia por seus quesitos e subquesitos. Tantos são os problemas suscitados pelo texto examinado que, considerando a premência do tempo e em benefício da concisão e da objetividade, nem todos serão respondidos exaustivamente, senão que, sempre que possível, amparados por um entendimento sistemático.

Das respostas sistemáticas, entendemos possível extrair, ademais, conclusões concretas e pontuais para os problemas mais específicos que eventualmente surjam nos casos concretos, daí a razão de nosso foco recair numa compreensão sistêmica da matéria e não em respostas meramente pontuais.

QUESITO 1

A LEGALIDADE DA CONSULTA PÚBLICA 847

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DIREITO DAS TELECOMUNICAÇÕES. CONSULTA PÚBLICA EM MATÉRIA DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS: LIMITAÇÕES, FUNCIONALIDADES E ALCANCE. PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO.

RESPOSTA

A primeira questão envolve a legalidade da Consulta da ANATEL, o que demanda seu exame no contexto dos princípios subjacentes ao Estado Democrático de Direito e, muito especialmente, daqueles inscritos no art. 37 da Carta da República.

A Consulta Pública da ANATEL, número 847, que trata da “Proposta de Alteração no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas”, aprovada pela Resolução nº 18, de julho de 2003, colocada sob o crivo da sociedade pelo documento Consulta nº 847 de 24 dez 2007, publicado no DOU de 27 de dezembro de 2007, tem enorme abrangência e impacto em todo o segmento das telecomunicações, afetando direitos e legítimas expectativas das prestadoras de serviços públicos, daí a importância do debate instaurado, em toda sua extensão.

Essa Consulta Pública, pois, ao afetar direitos, interesses difusos e expectativas legítimas de concessionárias, permissionárias ou autorizadas e, inclusive, de usuários de serviços públicos e titulares de interesses difusos e coletivos, deve obediência a determinadas pautas de juridicidade. Trata-se do devido processo de produção normativa da Agência, dentro da competência indelegável do Conselho Diretor.

É pertinente lembrar, pois, em se tratando de produção normativa, do Regimento Interno da ANATEL, que dispõe sobre a organização e o funcionamento da Agência Nacional de Telecomunicações, nos termos dos arts. 19, XXVII, e 22, X, da Lei Geral de Telecomunicações - LGT, aprovada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e de seu Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997:

"Art. 45. A Consulta Pública tem por finalidade submeter minuta de ato normativo a comentários e sugestões do público em geral, bem como documento ou assunto de interesse relevante.

§ 1º. A Consulta Pública será formalizada por publicação no Diário Oficial da União, com prazo não inferior a dez dias, devendo as contribuições ser apresentadas conforme dispuser o respectivo ato.

§ 2º. Os comentários e as sugestões encaminhados e devidamente justificados deverão ser consolidados em documento próprio a ser enviado à autoridade competente, contendo as razões para sua adoção ou não, ficando o documento arquivado na Biblioteca da Agência, à disposição do público interessado".

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

As pautas jurídicas vinculantes encontram-se arraigadas no sistema jurídico nacional, na medida em que a Consulta Pública versa sobre a modificação de normas pertinentes ao Direito Administrativo Sancionador, sistema que tange direitos fundamentais e expectativas relacionadas ao princípio da segurança jurídica dos atores que nele operam e a ele se sujeitam.

A importância da Consulta Pública e de sua estrita obediência a pautas de legalidade e juridicidade - vale dizer, aos demais princípios constitucionais que presidem à atuação da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF) -, resulta, também, da vinculação das Agências ao princípio da participação, que é o que legitima democraticamente a autoridade administrativa regulatória a gerir o respectivo setor regulado e os desdobramentos inerentes.

A participação, no caso, é princípio intimamente vinculado ao democrático, cuja densidade normativa materializa, numa de suas vertentes fundamentais, a possibilidade de participação cidadã nas políticas públicas, desde sua formulação a seu controle de resultado.

Na hipótese, em se tratando de aplicação do Direito Administrativo Sancionador, a sociedade é preliminarmente convocada a participar da elaboração da política pública punitiva governamental destinada ao setor das telecomunicações, consabidamente, extremamente sensível às injunções do princípio democrático, do pluralismo e da iniciativa privada como um todo.

Dessa forma, a legalidade da Consulta Pública é um elemento basilar na formatação de seus trâmites, porque a participação pressupõe que ela se processe na forma e nos termos da legislação em vigor e, mais ainda, que dela não se aparte, porque a Administração não pode propor à sociedade temas que, por força da Constituição ou da Lei, não possam sequer ser objeto de consulta popular.

O Estado Democrático de Direito, portanto, supõe a participação da sociedade na confecção das normas regulatórias da Agência, nos estritos termos estabelecidos pela LGT. A interpretação que se deve dar à Consulta Pública é no sentido de valorizar esse instrumento de participação popular de cidadania na produção normativa da Agência, porque se trata de uma forma de controle *a priori* e de imprescindível legitimação do poder estatal na regulação.

SUBQUESITO 1

QUANTO À “PROPOSTA DE ALTERAÇÃO NO REGULAMENTO DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS” APROVADA PELA RESOLUÇÃO Nº. 18 JUL 2003, COLOCADA EM CONSULTA PÚBLICA PELA CONSULTA PÚBLICA Nº. 847, DE 24 DEZ 2007, PUBLICADA NO DOU DE 27 DEZ 2007.

A LGT, em seu Art. 40, e o Regulamento da ANATEL, em seu Art. 65, estabelecem que os atos da Agência deverão ser sempre acompanhados da exposição formal dos motivos que os justifiquem; esse dispositivo se aplica à Consulta Pública? A exposição formal de motivos que a justifica deveria ser publicada junto com a proposta em Consulta Pública sob análise? A sua falta pode determinar a nulidade da Consulta?

RESPOSTA

Sim. A Consulta Pública é ato administrativo e, como tal, deve ser motivada adequadamente¹¹, não apenas por força da Constituição, que determina *in genere* a motivação dos atos administrativos e jurisdicionais, mas, especificamente, como decorrência direta do comando do art. 40 da Lei 9.472, de 16/07/97 (LGT).

A dedução das razões de se proceder a uma Consulta Pública é imprescindível para a validade do ato e da garantia de defesa dos interesses difusos envolvidos. Sua omissão é indicio de arbítrios velados e de razões ocultas ou estranhas ao interesse público, máxime nos segmentos particularmente sensíveis às operações com a amplitude de escolhas típica dos órgãos reguladores¹².

O acórdão que segue, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, cuja ementa vai transcrita, bem ilustra a questão da obrigatoriedade da motivação dos atos administrativos:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO DE CURSO SUPERIOR. **AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. 1. A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado** (art. 50, I, e § 1º da Lei 9.784/99). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato. [...]. (MS 9.944 / DF, Relator: Min. Teori Albino Zavascki.

¹¹ A exigência de motivação dos atos administrativos não é nova. Já em 1974, para se ter uma idéia, o STF, na Relatoria do saudoso Min. Aliomar Baleeiro, assentou essa exigência, como se vê no precedente MS 20012 / DF (Tribunal Pleno. Julgado em: 11/12/1974). Mais recentemente, a exigência constitucional resulta bem assentada pelo STF em variados precedentes, como se pode notar nos seguintes julgados: MS 25518 / DF (Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em: 14/06/2006); MS 25295 / DF (Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgado em: 20/04/2005.); RE 292586 / CE (Relatora: Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em 15/02/2005.). Na mesma linha segue o STJ: MS 12.876 / DF (Relator: Min. Humberto Martins. Primeira Seção. Julgado em 24.10.2007. DJ 12.11.2007 p. 149); AgRg no RMS 18.388 / PB (Relatora: Min. Laurita Vaz, Quinta Turma. Julgado em 12.12.2006. DJ 12.02.2007 p. 273); EDcl no RMS 12856 / PB (Relator: Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgado em 24.08.2004. DJ 27.09.2004 p. 371).

¹² Sobre arbitrariedade e sua interdição no Direito Administrativo, é importante consultar o clássico trabalho de ENTERRÍA, de 1959, La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. **Revista de Administración Pública**, v. 10, n. 30, p. 131-166, Madrid, set./dez., 1959, que serviu de base para toda a construção do Direito Administrativo espanhol e o famoso princípio de interdição à arbitrariedade dos poderes públicos. Como FERNÁNDEZ RODRIGUEZ assinala, com propriedade, **De la arbitrariedad de la administracion**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999, o dever de motivação dos atos administrativos está intimamente ligado ao princípio de interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos. Sem cumprir esse elementar dever, o Executivo certamente descumpre uma série de outros deveres correlatos, inclusive o de transparência ou visibilidade de seus atos.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Primeira Seção. Julgado em: 25.05.2005. DJ 13.06.2005. p. 157).
(grifou-se no texto).

Com efeito, a validade da Consulta Pública, como ato administrativo que é, depende da estrita observância, dentre outros, de três princípios basilares do Direito Administrativo (impessoalidade, publicidade e juridicidade), os quais, fundidos, configuram a exigência da denominada “motivação dos atos administrativos”, já evidenciada alhures, como decorrência de posicionamento uníssono dos Tribunais Superiores¹³.

Não se pode imaginar por qual motivo a Consulta ficaria dispensada de motivação em sua propositura, pois é da motivação que se espera a abertura do diálogo técnico à luz dos argumentos esposados pelo autor do texto sob consulta.

Aliás, fosse o caso de dispensa da motivação, isso deveria constar da lei, porque seria uma exceção, não a regra geral. A Consulta tem natureza jurídica de ato administrativo, não de Regulamento. Parece haver uma confusão: o Regulamento é o que será aprovado posteriormente, na hipótese de vir a ser editada a normativa pelo Executivo. A Consulta Pública, que o precede logicamente, é um ato administrativo ordinário da ANATEL, demandando a participação da sociedade, de caráter preparatório para a produção de um ato normativo posterior, qual seja, o Regulamento.

A Consulta veicula conteúdos – a serem justificados, como qualquer elementar exposição de motivos o faz, mas aqui com maior importância - que posteriormente podem materializar outros atos administrativos ou Regulamento do Poder Executivo¹⁴.

Há mais a ser dito: a Consulta Pública é um ato necessariamente precedido de motivação, porque, do contrário, há sempre o risco de se materializar de modo arbitrário, inclusive onerando a sociedade e a cidadania com custos econômicos e sociais, por vezes gravosos e irreversíveis, para sua posterior correção, como se não bastasse a perpetração da violência, por si só demasiado onerosa, aos princípios democrático e da participação.

Como ato administrativo que é, não escapa, pois, ao dever constitucional de motivação. A transparência da Agência exige que a Consulta seja formalizada através de uma exposição de motivos que a justifiquem (art. 40 LGT), pois, sobretudo, é essa a providência que garante a legitimidade do ato normativo que se materializará no Regulamento a ser editado.

¹³ O aresto que segue evidencia que a falta de motivação é causa de nulidade dos atos administrativos: “CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - MAGISTRATURA ESTADUAL - ENTREVISTA - INVESTIGAÇÃO SOCIAL E DA VIDA PREGRESSA - **ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO - MOTIVAÇÃO** - CARÁTER SUBJETIVO - IMPOSSIBILIDADE – [...]. 1 - **O ato administrativo, para que seja válido, deve observar, entre outros, o princípio da impessoalidade, licitude e publicidade. Estes três pilares do Direito Administrativo fundem-se na chamada motivação dos atos administrativos, que é o conjunto das razões fáticas ou jurídicas determinantes da expedição do ato.** [...]. 4 - Recurso conhecido e provido [...]. (RMS 11.336 / PE, Relator: Min. Jorge Scartezini. Quinta Turma. Julgado em 07.11.2000. DJ 19.02.2001 p. 188). (grifou-se).

¹⁴ A distinção entre atos administrativos e Regulamentos está em ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, 12ª. ed. Madrid: Civitas, 2004. v. 1.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

De mais a mais, a motivação é uma providência tão elementar e fácil de ser atendida que não se compreende o porquê de seu desatendimento. Só esse fato, apenas esta omissão, já demandaria uma longa explicação a sociedade.

Registre-se que a ausência de motivação é, por si só, fator indicativo de que o Poder Público efetivamente não tem boas razões, ou eventualmente, não conta com razão ponderável para seu ato.

QUESITO 2

COMPETÊNCIA E LIMITES DA ANATEL

ATUAÇÃO SANCIONATÓRIA DA ANATEL. COMPETÊNCIA E LIMITES. DISCRICIONARIEDADE E BALIZAMENTOS LEGAIS. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, TIPICIDADE E JURIDICIDADE.

RESPOSTA

A criação da ANATEL, como órgão de regulação do setor das telecomunicações, segmento sensível e vulnerável ao intervencionismo estatal político, foi balizada pela idéia de discricionariedade técnica e estrita obediência aos comandos legais.

Os quadros da ANATEL devem ser, por isso, preenchidos por técnicos, pessoas imparciais, independentes, dotadas de atributos científicos capazes de atribuir-lhes discernimento para escolhas complexas, de tal sorte que o setor regulado ganhe em segurança jurídica e estabilidade institucional, transmitindo confiança ao mercado. Tal foi o ideário que inspirou toda a formatação das agências reguladoras e, muito especialmente, da ANATEL.

A realidade em nosso País, todavia, não tem correspondido a esse dever técnico, apontando, ao revés, Agências sistematicamente dependentes e atécnicas, tanto por força das dificuldades orçamentárias, como das tentativas lamentáveis de ingerências políticas sobre esses órgãos. Nem por isso os operadores do direito, em particular, e a sociedade, em geral, devem ceder e esmorecer. É necessário lutar pelos ideais; e não será em vão, pois também é certo que existem - e muitos - técnicos e políticos que acreditam fielmente no ideário que movimentou e ainda mobiliza o impulso das Agências Reguladoras no Brasil.

É certo que, no plano sancionatório, que envolve o manejo operativo de normas de Direito Administrativo, os técnicos da ANATEL, assim como os de outras Agências congêneres, como não manejam competências políticas, mas técnicas, estão submetidos ao princípio da legalidade, que envolve o consectário lógico da tipicidade, através da exigência da motivação administrativa.

O arbítrio, no universo dos técnicos, é algo ainda muito mais censurável e repugnante do que no campo dos políticos, pois, no terreno da política, o arbítrio normalmente procura se disfarçar sob um manto pseudojurídico, que se estenderia da simples teoria da discricionariedade pura à teoria dos chamados atos de governo, envolvido, assim, por uma aura de suposta e aparente legitimidade, mas que, cedo ou tarde, recebe seu repúdio no julgamento da sociedade.

O arbítrio dos técnicos é injustificável a todas as luzes, mas o é particularmente por esta insídia, a de se disfarçar na própria dogmática jurídica, seja invocando o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, seja forçando a aplicação de técnicas hermenêuticas, desmoralizando todo o aparato técnico¹⁵.

O que está em jogo, no caso, é a sobrevivência do próprio conceito de Agências Reguladoras, pois, em havendo espaço para o arbítrio, desmorona-se a justificativa juspolítica para sua existência e, sobre seus escombros, acaba se encastelando uma nefasta politização de escolhas públicas, que deveriam ser procedimentalmente legitimadas pelo intercâmbio de informações e pelo diálogo construtivo.

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

SUBQUESITO 1

Quais os dispositivos legais que estabelecem os fundamentos, as competências e os limites da ANATEL para “definição de infrações e cominação de sanções” e para “definição de processos (incluindo metodologias, critérios e parâmetros) para apuração de infrações e para aplicação de sanções” na exploração de serviços de telecomunicações?

RESPOSTA

Todo o Direito Administrativo Sancionador se deve estruturar na base dos princípios da legalidade e tipicidade, mormente em se tratando de relações mantidas por entes reguladores, como a ANATEL, com as prestadoras de serviços públicos, tendo os usuários como destinatários.

Nem sempre resulta clara a posição de quem defende realmente o interesse público - se as concessionárias, permissionárias, autorizatárias ou a ANATEL - em face das distorções produzidas eventualmente por atos regulatórios mal elaborados ou mal aplicados, daí a superlativa importância da observância desses princípios cardiais da legalidade, tipicidade e responsabilidade subjetiva.

¹⁵ Insista-se no clássico trabalho de FERNÁNDEZ RODRIGUES, Tomás. **De la arbitrariedad de la administracion**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999, que serve de referência para este tema.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

O Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas não pode definir infrações administrativas e cominar sanções sem amparo legal¹⁶, devendo cingir-se à CF¹⁷ e à LGT (art. 22, inciso IV, da CF e arts. 173 e seguintes da LGT).

De resto, o que pode remanescer para eventual integração administrativa é um mero detalhamento operacional dos comandos abstratos da lei, incluindo metodologias, critérios e parâmetros para apuração de infrações e aplicação de sanções, na órbita do que se convencionou designar como da política punitiva ou, na esfera judiciária, da política criminal.

Essa espécie operativa, aqui designada como política punitiva, consiste na eleição de alternativas na investigação de ilícitos, na celebração de acordos de leniência, na opção por prioridades, praticadas num universo de ampla gama de possibilidades. Trata-se, ainda, de aquilatar responsabilidades no campo subjetivo, entabular negociações, apurar débitos e créditos. Não se confundam, porém, tais atos administrativos com os legalmente reservados, de criação de infrações e de cominação de sanções¹⁸.

É necessário, quantas vezes seja preciso, ser enfático no que tange aos fundamentos, competências e limites da ANATEL para a definição de infrações e cominação de sanções, pois que não há outra alternativa senão a rigorosa observância do princípio da legalidade. Cabe apenas ao Legislador outorgar fundamentos, competências e limites à ANATEL para definição de infrações e cominação de sanções.

É verdade que, no tocante às competências administrativas em sentido estrito, ou seja, de administração introversa, como se terá oportunidade de examinar, pode-se tratar do tema no âmbito da auto-organização administrativa, inclusive no silêncio legal, à luz do princípio da hierarquia administrativa¹⁹.

A ANATEL, em matéria de produção normativa, no campo do Direito Administrativo Sancionador, deve obediência às competências de seu Conselho Diretor, nos termos do Regimento Interno, submetido ao devido procedimento, através da Consulta Pública.

Os fundamentos para exercício de suas competências repousam no seu específico marco regulatório, vale dizer, na própria Lei Geral de

¹⁶ Hely Lopes Meirelles assim elucida: “Ressalta-se, porém, que, salvo as sanções previstas em contrato, não cabe ato punitivo sem lei que preveja a sanção.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006).

¹⁷ Corroborando entendimento de Hely Lopes Meirelles, obra citada, quando assevera que “o essencial é que o executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução de lei – não invada as chamadas “reservas da lei”, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5º).”

¹⁸ MEDINA OSÓRIO, em seu **Direito Administrativo Sancionador**, citado, fala em política pública repressiva, nos moldes aqui ventilados, diferenciando tais manobras do que se designa por manobras adstritas aos princípios constitucionais que dominam o Direito Administrativo Sancionador. É certo que mesmo a política pública punitiva, não obstante, em se tratando de atos administrativos, estará pautada pelo art. 37 da Carta Magna.

¹⁹ Quando trata de resoluções, Hely Lopes Meirelles, obra citada, elucida: “As resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo inová-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicá-los.”

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Telecomunicações. A ANATEL atua na área coberta por suas atribuições: uma atuação setorial especializada.

Assim é que a definição das infrações e a cominação das sanções devem ser formuladas pela ANATEL em estrita conformidade com os balizamentos legais, jamais de forma solta ou isolada. A responsabilidade da definição punitiva é exclusiva do Legislativo, que deve assumir seu papel político. A estruturação das condutas proibidas, com elementos mínimos na norma, é tarefa privativa do Legislativo. O detalhamento, nos termos da lei, cabe ao Executivo, mais precisamente à UNIÃO, que só não poderá se substituir à ANATEL no que diz respeito aos atos próprios da Agência, como o são os atos regulatórios ou seu Regimento Interno.

A ANATEL tem também competência para definição de processos (incluindo metodologias, critérios e parâmetros para apuração de infrações e para aplicação de sanções na exploração de serviços de telecomunicações), mas tudo deve ser feito na perspectiva do processo administrativo sancionador, ou seja, o balizamento da Lei Federal do Processo Administrativo é obrigatório, pois a normativa administrativa da ANATEL não se pode sobrepor à Lei Geral do Processo Administrativo Federal.

Não se trata, todavia, de Direito material, e sim de procedimento. Aqui, entendemos, salvo melhor juízo, que a competência não está restrita ao Conselho Diretor, o qual fica vinculado obrigatoriamente a matérias de índole material. Cuida-se de matéria que pode, em tese, sofrer delegação de competências.

SUBQUESITO 2

Os fundamentos, as competências e os limites fixados para a ANATEL são consistentes com os princípios, competências e limites apresentados em resposta ao quesito 1? Em caso negativo, quais são e por que são considerados inconsistentes?

RESPOSTA

Os fundamentos, as competências e os limites fixados para a ANATEL não são consistentes se forem interpretados como bastantes, em si mesmos, para veiculação de poderes para criação de infrações e sanções autônomas. E é nesse sentido que têm sido interpretados pela autoridade governamental.

Como já referido, no Estado de Direito, o Poder Executivo está sujeito e subordinado aos ditames legais, mas isso não é a imposição de uma sujeição paralisante, mas, ao contrário, de uma vinculação legitimante.

Não é demais recorrer aos ensinamentos do grande mestre EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA²⁰, para deixar bem assentadas as bases desse raciocínio:

“Se llama Reglamento a toda norma escrita dictada por la Administración”.

²⁰ ENTERRÍA, **Curso**, citado.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

“Durante mucho tiempo se ha visto en el Reglamento una «Ley en sentido material», según la teoría montada por los juristas de las Monarquías germánicas del siglo XIX, aplicando en consecuencia a esta figura normativa toda la teoría de la Ley, sin más que observar que el Reglamento no podía contradecir a las Leyes formales estrictamente tales. Pero, tras haber expuesto por nuestra parte la teoría de la Ley, se comprende inmediatamente que la misma es radicalmente inaplicable al Reglamento”.

“La esencia de la Ley es su carácter supremo (dentro de la Constitución, claro está) en la creación de Derecho, pero es obvio que tal cualidad no puede reconocerse a una norma inferior no es una cuestión de cantidad o escalonamiento, es de grado, de calidad. La Ley arranca la incondicionalidad de su contenido y la irresistibilidad de su eficacia por su legitimación en la voluntad de la comunidad; el Reglamento no puede presentarse como voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad, es una organización servicial de la misma, lo cual resulta algo en esencia distinto; en el Reglamento no se expresa por ello una hipotética «voluntad general», sino que es una simple regla técnica, «ocurrencia de los funcionarios», a la que órganos simplemente administrativos han dado expresión definitiva”.

“La ley es la norma originaria por excelencia: dispone desde sí misma, rompe el Derecho o las relaciones existentes, puede (dentro de la Constitución) hacerlo todo «menos cambiar un hombre en mujer». Nada de esto es propio de las determinaciones ‘reglamentarias, que más bien se presentan como complementarias de las Leyes, como «ejecución» (en un amplio sentido) de la Ley”.

“El Reglamento tiene de común con la Ley el ser una norma escrita, pero difiere en todo lo demás. De esta nota común pocos caracteres genéricos pueden derivarse. Lo propio del Reglamento, lo que le separa definitivamente de la Ley, es que es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la Ley, obra de la Administración. Como todos los productos administrativos, el Reglamento es una norma necesitada de justificación, caso por caso, condicionada, con posibilidades limitadas y tasadas, libremente justiciable por el Juez (y aun, como hemos de ver, enjuiciable también por los destinatarios). Su sumisión a la Ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la Ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido. Sobre esta base se articula lo que el artículo 9.3 de la Constitución llama, para garantizarla, la «jerarquía normativa”.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

“La Sentencia constitucional de 14 de junio de 1982 ha subrayado enérgicamente esa diferencia: «la distinción clásica entre Ley y Reglamento recibe su sentido de la necesidad de diferenciar, en razón de sus fuentes, las normas procedentes de un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución), y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado y, salvo muy contadas excepciones, sólo puede actuar cuando el primero lo habilita». Esa diferencia sustancial no puede desconocerse, ni minusvalorarse en ningún caso, por más que en un régimen parlamentario la mayoría gobernante (mucho más, claro está, cuanto es absoluta) sea la misma tanto cuando actúa en sede gubernativa, como cuando se expresa en sede parlamentaria”.

“Aún hoy y en estas circunstancias sigue siendo plenamente válida la aguda y expresiva advertencia de Hauriou: el espíritu de la Ley es ser favorable a la libertad, en tanto que en espíritu del reglamento es favorable normalmente a la autoridad”.

“Se llama potestad reglamentaria al poder en virtud del cual la Administración dicta Reglamentos; es, quizá, su potestad más intensa y grave, puesto que implica participar en la formación del ordenamiento. De este modo la Administración no es sólo un sujeto de Derecho sometido como los demás a un ordenamiento que le viene impuesto, sino que tiene la capacidad de formar en una cierta medida su propio ordenamiento y aun el de los demás, en los términos que veremos”.

Coerente com essa linha, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668, na qual era discutida a constitucionalidade de disposições da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), o colendo Supremo Tribunal Federal afirmou, utilizando-se da interpretação conforme a Constituição, que a competência normativa da ANATEL apresenta natureza regulamentar, devendo observar, assim, os limites legais.

No julgamento, a dúvida suscitada pela Lei era se a Agência poderia editar resoluções que viessem a derogar, por exemplo, a Lei de Licitações, o que dependeria de uma adoção expandida da tese da deslegalização.

O STF rejeitou tal possibilidade, assentando o entendimento de que a competência da ANATEL, pelo menos na matéria, era infralegal e que, portanto, se sujeitava às normas da Lei de Licitações.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-DF²¹, deferiu o pedido cautelar para suspender a aplicabilidade da expressão "nos termos por ela regulados",

²¹ 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).

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

constante do artigo 119 da Lei 9.472/97, que criou a ANATEL - "A permissão será precedida de procedimento licitatório simplificado, instaurado pela Agência, nos termos por ela regulados".

No mesmo julgamento, assim decidiu o STF:

"[...] o Tribunal, vencido o Min. Moreira Alves, deferiu, em parte, a cautelar quanto aos incisos IV e X do art. 19, para, sem redução de texto, dar interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado. Também quanto ao inciso II do art. 22 ("Compete ao Conselho Diretor: II – aprovar normas próprias de licitação e contratação"), vencido o Min. Moreira Alves, deferiu-se, em parte, para dar-lhe interpretação conforme à Constituição Federal, fixando a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência".

Veja-se, nesse sentido, acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, já adaptado à orientação da Suprema Corte:

"Agravado de instrumento. Administrativo. Edição de resolução por agência reguladora. Não observância dos limites da competência normativa. Alteração indevida do conteúdo e qualidade de contratos de prestação de serviços pactuados entre consumidores e operadoras.

1. A parcela de poder estatal conferido por lei às agências reguladoras destina-se à consecução dos objetivos e funções a elas atribuídos. A adequação e conformidade entre meio e fim legitima o exercício do poder outorgado.

2. Os atos normativos expedidos pelas agências, de natureza regulamentar, não podem modificar, suspender, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar (Agravado de Instrumento nº 129.949, 6ª Turma, TRF 3ª Região, Relator Juiz Mairan Maia, j. 24.04.2002, DJU 14.06.2002).

No caso, a ANATEL pode e deve habilitar-se a partir de normas legais gerais, recorrendo aos comandos jurídicos do Poder Legislativo e não diretamente aos comandos do Poder Executivo, cuja legitimidade democrática carece de intermediação legislativa nesses domínios, por força de orientação sedimentada no STF, inclusive.

O Regulamento serve para detalhamentos operacionais, nada além disso. Do contrário, o Executivo usurparia funções do Legislativo, detonando as bases dos princípios da legalidade e democrático, sem motivo algum, sob o pretexto de agregar velocidade e dinamismo ao seu agir, porém com efeitos colaterais nocivos aos pilares do Estado Democrático de Direito e ao princípio da segurança jurídica, que deveria presidir todo o segmento das telecomunicações e dos investimentos privados

que nele circulam, com reflexos negativos para os usuários e a sociedade como um todo.

SUBQUESITO 3

Quanto à “Proposta de Alteração no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas” aprovado pela Resolução 344, de 18 de julho de 2003, colocada em consulta pública pela CP 847, de 24 de dezembro de 2007, publicada no DOU de 27 de dezembro de 2007:

a) No “Capítulo III – Das sanções administrativas, da abrangência e dos tipos” o seu conteúdo está consistente com o título? Justifique a resposta e sugira redação da manifestação a respeito. Notar que estão indicadas apenas as “classes” de sanções e não os tipos (tipificação das infrações) de cada “classe” e de seus respectivos procedimentos de apuração e de dimensionamento da gravidade da infração cometida, sendo que muitos dos tipos de infração e de procedimentos já estão definidos em documentos internos da agência há algum tempo, sem terem sido submetidos à consulta pública e, presume-se, estão sendo utilizados na apuração e dimensionamento de infrações e na aplicação de sanções.

RESPOSTA

Inicialmente, o conteúdo do mencionado Capítulo III não está consistente com o respectivo título, vale dizer: com ele não guarda coerência. Esse Capítulo, curiosamente, trata dos tipos, ou seja, concerne ao princípio da tipicidade, de tal sorte que, desde logo, haveria de respeitar os conteúdos mínimos desse princípio estruturante do Direito Administrativo Sancionador.

Todavia, paradoxalmente, a Consulta Pública como um todo, e esse Capítulo, em especial, desrespeita solenemente o princípio da tipicidade em matéria de Direito Administrativo Sancionador, o que revela a contradição apontada no preâmbulo.

A única sugestão possível, de modo a amenizar o problema aqui detectado, é no sentido de oferecer detalhamento aos comportamentos proibidos, agregando segurança jurídica ao segmento regulado, nos termos da lei.

Não parece prudente, todavia, que esse detalhamento parta dos administrados, ainda mais neste momento, sem estar precedido de um debate intenso com os próprios usuários do sistema, mesmo porque, nossa sugestão é no sentido de que antes do detalhamento administrativo deva existir uma construção na Lei, conforme a proposta formulada, uma Lei Geral de Direito Administrativo Sancionador para o segmento das Telecomunicações.

Quanto aos documentos internos da Agência, que regulam e definem as condutas infracionais, sem Consulta Pública e sem lastro legal, de acordo com a referência da CONSULENTE, não nos restaria alternativa senão reputar, *a priori*, como ilegal a prática punitiva levada a cabo pela Agência, nos termos ventilados, o que

poderia ser objeto de um exame autônomo em face da necessidade de análise da documentação pertinente a essas práticas internas da Agência, caso a caso.

b) O Art. 6º contém disposições que extrapolam a competência da agência ou que são ilegais ou inconstitucionais? Quais e por que são assim considerados? A classificação das infrações está suficientemente especificada para estabelecer uma “dosimetria da sanção” que possa ser aplicada de acordo com o “princípio da proporcionalidade” entre a “gravidade da infração” e a “intensidade da sanção”, por tipo e modalidade de serviço? Notar que o Anexo ao regulamento em vigor – que define os limites superiores de multas por grupo de serviços de telecomunicações e por nível de gradação da sanção – não consta da proposta em exame, o que resultará no aumento do espaço de “arbítrio” da agência e da “incerteza” dos administrados; esta conclusão é verdadeira? Justifique a resposta e sugira redação da manifestação a respeito.

RESPOSTA

O dispositivo questionado apresenta vício de inconstitucionalidade por afronta aos princípios da legalidade e do devido processo legal em matéria de Direito Administrativo Sancionador.

Esse dispositivo também contrasta com o postulado da proporcionalidade e com os direitos de defesa dos administrados, que, como princípios constitucionais, devem ser interpretados em sistema: juntos e harmonicamente.

A Agência, ao tipificar as infrações e cominar sanções, não se reporta a nenhum comando legal que a suporte, sendo esta é a evidência da prática, apontada desde o exórdio deste Parecer, da violação dos princípios da legalidade e do devido processo legal²².

No caso, a ANATEL parece estar à busca de um atalho injustificável para o exercício do arbítrio. Descabe ao Executivo, como já amplamente exposto, tipificar infrações sem arrimo em lei, de forma irrazoável e sem critérios proporcionais relativamente a valores protegidos de forma objetiva²³.

²² Sobre o alcance concreto desses princípios, no sentido que sustentamos, não custa recordar os trabalhos de RINCÓN, Jose Suay. **Sanciones administrativas**. Studio Albornotiana. Bolonia: Publicaciones del Real Colégio de Espana, 1989; MARTINEZ, Sergio Perez-Espejo. **El derecho penal administrativo em la Republica Democrática Alemana**. Examen histórico-crítico. 2. ed. Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1996., PEREZ, Adolfo Carretero e SANCHEZ, Adolfo Carretero. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995.

²³ A jurisprudência pátria não tem hesitado em fulminar de **nulos** atos administrativos sancionadores (especialmente multas administrativas) sustentados apenas em atos do poder executivo (Decretos, Resoluções, portarias, etc.) e não na lei, como fica patente nas seguintes ementas: “[...] **Não havendo nas normas em comento previsão legal para aplicação de sanção ao contribuinte, deve ser anulado o auto de infração, haja vista que o princípio da legalidade vincula a administração pública, pelo que não lhe é lícito exigir do contribuinte aquilo que a Lei não prevê. - Recurso Especial conhecido e provido.**” (STJ - RESP 386669/RS. Segunda Turma - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - Julgado em 18.08.2005.) (grifou-se). “[...] **4. Ato inquinado não atende à técnica administrativa, a qual só é permitida a realização de algum ato se houver expressa previsão legal, além de que, quando se tratar de sanção, o preceito permissivo deve constar obrigatoriamente**

Note-se que a tipificação das infrações, de acordo com a proposta da ANATEL, é demasiado genérica e totalmente desprovida de critérios objetivos²⁴. Na hipótese em exame, não se pode aceitar o procedimento de arrolar condutas extremamente abertas como alvos de possível fiscalização da Agência, porque, de fato, com tal manobra, abre-se um imenso espaço ao arbítrio acusatório, daí se seguindo a incerteza dos administrados e a insegurança jurídica em todo o delicado segmento regulado.

Por outro lado, dotada de imenso espaço aberto ao arbítrio, a fiscalização tende a alastrar seus tentáculos também pelos caminhos da ineficiência e da corrupção, o que seria lamentável e deve ser combatido desde a origem.

O princípio da individualização da sanção, de aplicação cogente no Direito Administrativo Sancionador, no Direito Punitivo como um todo, marca a obrigatoriedade de uma personalização da pena, o que implica dizer que se trata de uma operação individualizante, jamais mecânica, nem automática.

Por isso, procede a preocupação quanto ao fato de a Agência não individualizar sanções no tocante aos distintos atores que labutam no setor regulado, apesar de suas notórias diferenças e com o vício daí derivado, que acaba por macular a proposta ora em exame.

c) No Art. 10 há necessidade ou é conveniente mencionar os limites especificados por tipo de infração nos contratos de concessão? Justifique a resposta e sugira a redação que solucione a questão.

RESPOSTA

Sem dúvida, é mais do que recomendável: é necessário mencionar os limites especificados por tipo de infração nos contratos de concessão, para assegurar segurança jurídica ao segmento e ao ambiente regulado.

Os contratos de concessão não podem inovar, devem se ater à lei. O Legislador segue sendo a principal referência para os atores deste cenário. As

do instrumento executório, a fim de possibilitar competente ciência e eventual defesa por parte do administrado. 5. Não se encontrando no Termo de Embargos seu embasamento normativo, de forma que possibilite ao administrado o exercício de sua defesa e compreenda de onde adveio sua punição, têm-se por nulos os seus efeitos desde a sua lavratura, devendo o mesmo ser afastado do mundo jurídico. 6. Em homenagem ao devido processo legal, não vinga processo administrativo para aplicar sanções, sem o oferecimento de prazo e condições para o exercício de defesa. 7. Recurso não provido.” (STJ -REsp 447639/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma. Julgado em 07.11.2002,) (grifou-se)“[...] 1. Não se apresenta juridicamente admissível a definição de infrações administrativas e a fixação de sanções dessa mesma natureza por portarias, que não constituem o instrumento próprio para tanto, pois somente a lei, em sentido formal e também material, pode prever infrações e estabelecer as correspondentes sanções.” (AC 1998.01.00.036439-8/BA, Rel. Juiz Ítalo Mendes, Quarta Turma, DJ de 21/06/2001). (grifou-se)

²⁴ Cf. MEDINA OSÓRIO, **Direito Administrativo Sancionador**, citado: “As normas sancionadoras devem ser redigidas com a suficiente clareza e precisão, dando justa notícia a respeito de seu conteúdo proibitivo.”

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

sanções e infrações que porventura estejam contempladas em atos de outorga carecem de previsões legais expressas, sob pena de invalidade.

O contrato deve mencionar o fundamento legal da obrigação normativa assumida. As obrigações, além disso, devem ser proporcionais ao perfil das empresas e das infrações e sanções cominadas. Não se pode tratar desigualmente os iguais, nem igualmente os desiguais.

No caso das sanções contratuais externas, que não são puramente contratuais e transcendem os efeitos dos contratos, afetando direitos das empresas, não há dúvidas quanto à necessidade de previsão legal das infrações administrativas, como corolário lógico do princípio da legalidade, não bastando o mero descumprimento da norma contratual, sendo, pois, necessária a tipificação da sanção correspondente à conduta proibida e, além disso, uma correta e adequada especificação do conteúdo da norma proibitiva.

Consoante já referido, a tipicidade, no Direito Administrativo Sancionador, tem sido entendida como a exigência material absoluta de predeterminação normativa das condutas e das sanções correspondentes, exigência que afeta a tipificação das infrações, a graduação e a escala das sanções e a correlação entre umas e outras, de modo que o conjunto das normas aplicáveis permite antecipar, com suficiente grau de certeza, o tipo e o grau de sanção suscetível de ser imposta.

Não é por outro motivo que o STJ tem reiteradamente decidido que, sem previsão legal da infração, não se pode falar em aplicação de sanção administrativa, conforme se depreende, exemplificativamente, do seguinte precedente:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCON. APLICAÇÃO DE MULTA NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE DA INFRAÇÃO. 1. O procedimento administrativo pelo qual se impõe multa, no exercício do Poder de Polícia, em decorrência da infringência a norma de defesa do consumidor deve obediência ao princípio da legalidade. É descabida, assim, a aplicação de sanção administrativa à conduta que não está prevista como infração. 2. Recurso ordinário provido.” (STJ – ROMS 19510 / GO. Processo: 200500047108. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em: 20/06/2006. DJ 03/08/2006. p. 202.). (grifou-se).

O respeito ao princípio da tipicidade é uma das bases mais sólidas do Direito Sancionador, dominante em todos seus ramos, tanto do Direito Penal quanto do Direito Administrativo Sancionador. Trata-se de corolário da legalidade, do Estado de Direito e da segurança jurídica. Não se pode transigir com valores tão preciosos à civilização.

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.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

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 consequências 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 OSÓRIO²⁵, nesse ponto, afirma que as relações contratuais, como os contratos ou as concessões, permitem sancionamentos específicos pelo seu incumprimento, como consequência da própria relação contratual e não de uma genérica 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

²⁵ MEDINA OSÓRIO, em seu **Direito Administrativo Sancionador**, paradigma nesta matéria, refere, ainda, que, embora as medidas puramente contratuais não se submetam a alguns princípios que regem o Direito Administrativo Sancionador, notadamente a vedação de *bis in idem* e o princípio da culpabilidade, em sua inteireza, tais sanções devem estar submersas no universo constitucional e legal que vincula os Poderes Públicos, não se admitindo a adoção de medidas arbitrárias, desarrazoadas ou ilegais, sob pena de invalidade dos respectivos atos administrativos. Afirma, ainda, que a legalidade e a tipicidade devem estar presentes.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

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 privada²⁶.

Para além das questões atinentes ao princípio da culpabilidade, que MEDINA OSÓRIO levantou com propriedade, ninguém duvida da importância dos princípios da legalidade, tipicidade, devido processo legal e de vedação à arbitrariedade do Poder Público na gestão dos contratos administrativos, especialmente no setor das telecomunicações, conforme destacado, aliás, pelo mesmo autor.

Torna-se recomendável, portanto, de qualquer modo, ampliar o debate com todo o setor regulado para perceber a necessidade de uma graduação das infrações e das penas de forma proporcional e guardando conformidade com determinadas peculiaridades, tais como valores envolvidos nos contratos, prazos de duração, multas, interesses atingidos e tipologia dos serviços prestados, sem descuidar dos aspectos procedimentais ligados à operacionalização das medidas punitivas.

O Poder Público terá suas próprias prioridades, certamente, em conformidade com o interesse geral da coletividade, ou com sua visão política, razão pela qual seria prematuro propor uma redação a respeito, sem antes proceder como se tem aconselhado e defendido nesta e em outras peças, ou seja, dialogar amplamente com todo o setor, mostrando-se prudente realizar seminários e oficinas de trabalho prévios a respeito do assunto.

De uma forma ou de outra, o setor das telecomunicações talvez tenha oportunidade de encaminhar um inédito anteprojeto de Lei específico, que ponha fim à indefinição reinante e agregue níveis extraordinários de segurança jurídica ao segmento como um todo e possa, assim, alavancar pioneiramente dentre os demais setores, este dinâmico segmento da economia que já vem produzindo resultados extraordinários para o País.

QUESITO 3

QUESTÃO CONCEITUAL COM IMPLICAÇÕES LEGAIS

PODER DE POLÍCIA E PODER SANCIONADOR. DISTINÇÃO. COMPETÊNCIA DISCIPLINADORA DA ANATEL E SEUS PODERES DE POLÍCIA. NECESSIDADE DE COBERTURA LEGAL PARA CRIAÇÃO DE INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. DISCRICIONARIEDADE NO USO DO PODER DE POLÍCIA E VINCULAÇÃO NO USO DO PODER SANCIONADOR.

²⁶ Uma vez mais, o estudo de ARINO ORTIZ, obra citada, é um belo ponto de partida sobre a relação entre liberdades públicas e a presença da iniciativa privada na prestação dos serviços de interesse geral, no lugar do Estado como titular.

RESPOSTA

Há, efetivamente, uma distinção antiga e importante entre poder de polícia e poder sancionador, lamentavelmente ignorada pelas autoridades públicas reguladoras, pois o embaralhamento se mostra conveniente e, por outro lado, a doutrina brasileira não tem estado atenta a essa relevante distinção.

O poder de polícia, diz-se daquele que importa na imposição de um disciplinamento setorial: expedir ordens, comandos, licenças, exercitar atos coercitivos sumários para satisfação do interesse público. Costuma-se definir, numa tersa expressão, como o poder de autoridade no setor²⁷.

Na raiz do poder de polícia está a formação do próprio Estado Moderno, com a eliminação do Estado feudal e a centralização do poder no Estado, em detrimento da autoridade dos feudos. Assim, pode-se considerar como um dos elementos estruturantes do Estado Moderno o conceito de poder de polícia²⁸.

Já o poder sancionador é um desdobramento, como que uma especialização, do poder de polícia, que se projeta desde logo no Direito Penal, a partir do Iluminismo, tendo em CESARE BECCARIA seu grande idealizador, como um auspicioso fruto do ideário humanístico moderno.

O poder sancionador, de início, se confunde com a idéia de separação de poderes e guarda sintonia com o discurso de um poder judicial sancionador. Daí por que o Direito Penal seria um Direito judicializado. O juiz, como o guardião das liberdades individuais e a sanção criminal, mais grave do que a do poder de polícia, um castigo que iria além dos seus limites conceituais²⁹.

No início do século XX, intensifica-se um movimento, sobretudo na Itália, mas também na Alemanha, e na Europa se alastra no decorrer das décadas e se multiplica de maneira extremamente veloz no pós-guerra, especialmente na década de 60 em diante, como o fenômeno que ganhou a designação técnica de Direito Administrativo Sancionador³⁰.

RUBBIO LLORIENTE fez a distinção entre poder de polícia e poder sancionador de forma magistral, destacando a raridade do tratamento do tema também no Direito espanhol, conquanto a teoria do Direito Administrativo Sancionador tenha adquirido enorme evolução naquele País, mercê não apenas das contribuições doutrinárias, mas da lapidação jurisprudencial que começou no Tribunal Supremo e depois alcançou seu ápice do Tribunal Constitucional³¹.

²⁷ Acerca do conceito de poder de polícia, calha a lição do inolvidável CAIO TÁCITO, esposada no artigo “**O Poder de Polícia e seus Limites**”, publicado no ano de 1952 na Revista de Direito Administrativo, v. 27: “o poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais.”

²⁸ Sobre o tema, a importante análise de DELLIS, Georges. **Droit penal et droit administratif: l'influence des principes du droit penal sur le droit administratif répressif**. Paris: LGDJ, 1997.

²⁹ Uma evolução detalhada do Direito Sancionador, que passa das mãos das autoridades administrativas às mãos dos Juízes, está em DELLIS, Georges, obra citada.

³⁰ O histórico mais avalizado que há, completo e detalhado, está em MATTES, Heinz, obra citada.

³¹ LLORIENTE, Francisco Rubbio. **La forma del poder – Estudios sobre la Constitución**. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993. Alejandro Nieto, em seu clássico **Derecho**

O poder sancionador, antes restrito aos domínios do Direito Penal, adentra a teoria da sanção e ganha corpo no Direito Administrativo, passando a avançar ostensivamente sobre a teoria assente do poder de polícia. Ocorre, nesse caso, autêntico recorte do poder de polícia, que perde uma fatia de seu conteúdo para o Direito Administrativo Sancionador.

O Direito Administrativo Sancionador, desse modo, ostenta uma dogmática autônoma, mais próxima ao Direito Penal, ou ao Direito Punitivo, repleto de garantias, aplicando-se-lhe os princípios de Direito Penal por simetria, no que couberem, respeitados certos matizes. O Direito Administrativo Sancionador é mais próximo do Direito Penal do que do Direito de Polícia.

Entre nós, como já se fez merecida referência, foi FÁBIO MEDINA OSÓRIO quem melhor examinou esse tema, também com pioneirismo, assentando essa distinção entre poder de polícia e sanção administrativa, bem assim estabelecendo as bases teóricas do regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador brasileiro, como já se teve oportunidade de ressaltar a seu crédito³².

A importância do que se tem aqui distinguido, reside no fato de que a ANATEL tem competências legais inequívocas para o que se denomina disciplinamento do setor de telecomunicações - o que implica atuar com o poder de polícia, para tutelar situações urgentes e inclusive editar normas para regular o setor, sempre nos termos da lei.³³

Distintamente, porém, no tocante ao poder sancionador, assim não ocorre: há uma lacuna legal apontada no setor das telecomunicações, porque o Legislativo não editou ato algum a respeito, quando seria imprescindível fazê-lo; é dizer, se carece de uma Lei Geral de Direito Administrativo Sancionador das Telecomunicações.

Administrativo Sancionador, 4 edición, 2005, p.172 e ss, faz um detalhado histórico que denomina "del Derecho Penal de Policía al Derecho Administrativo Sancionador", mostrando de que forma o chamado Direito Repressivo de Polícia evoluiu para o moderno Direito Penal e logo daí se partiu para o Direito Administrativo Sancionador como uma espécie de bifurcação. Nesse meio tempo, no começo do século XX, houve o esboço do que se convencionou chamar de Direito Penal Administrativo, idealizado por GOLDSCHMIDT, que teve notável influência nos ilícitos contravençionais. Essa trajetória evolutiva hoje está bem assentada na convivência harmônica das distintas ordens coativas: Direito Penal, Direito Administrativo Sancionador e, dentro deles, diversos e múltiplos matizes.

³² Nessa direção, posiciona-se, como dito, Fábio Medina Osório, com seu desbravador e paradigmático **Direito Administrativo Sancionador**, citado: "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 generosidade, tipicidade, legalidade, incompatibilidade com a flexível e extremamente elástica natureza que deveria ostentar para ser considerado integrante do poder de polícia." No mesmo sentido, já o dissemos, é a lição do mestre catedrático emérito Alejandro Nieto, **Derecho Administrativo Sancionador**, citado.

³³ A propósito do tema, confirmam-se os seguintes precedentes oriundos do Superior Tribunal de Justiça: REsp 92552 3/ MG. Relator: Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em: 07.08.2007. DJ de 30.08.2007; AGRESP 938532 938532 / MG. Relator: Min. Francisco Falcão. Primeira Turma. Julgado em: 09.10.2007. DJ de 12.11.2007; REsp 551525. Relatora: Min. Denise Arruda. Primeira Turma. Julgado em: 23.08.2005. DJ de 19.09.2005; e REsp 990578. Relatora: Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 06.12.2007. DJ de 18.12.2007.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Essa lacuna, que não é gerada por obra ou omissão dos administrados, conseqüentemente a estes não pode ser imputada. Do Executivo, devem ser cobradas as devidas responsabilidades, não cabendo ser imputada aos administrados, nem, muito menos, fazê-los sofrer as conseqüências da omissão.

É comum em nosso País, lamentavelmente, o Executivo não fazer a sua parte e lançar a culpa nos administrados ou, o que é pior, imputar-lhes as conseqüências nefastas de suas omissões administrativas ou políticas, deles subtraindo e sacrificando garantias fundamentais.

A ausência de um sólido sistema administrativo sancionador, comprometido com a defesa dos valores inerentes ao Direito Regulatório, certamente é prejudicial à sociedade e ao Poder Público, inclusive aos próprios administrados. Porém, mais prejudicial ainda seria um sistema administrativo sancionador draconiano, abusivo, ilegal e inconstitucional, porque, para além dos espaços de abusos que abre e legitima, acaba fomentando a erosão do Estado Democrático de Direito em seus mais lúdicos valores.

Por óbvio, se o Executivo tenta suprir as lacunas do Legislativo e as dele próprio (iniciativas políticas) através de ações puramente administrativas e regulamentares sancionatórias, por melhores que possam ser suas intenções, estará gerando ambientes menos propensos ao desenvolvimento institucional e tecnológico, num setor, como afirmado, extremamente sensível à regulação e a intervenções políticas.

Em síntese, a Consulta Pública em exame, nos termos em que foi proposta, consubstancia o que se pode caracterizar como uma postura de enfraquecimento da cultura regulatória e um retrocesso a ser lamentado.³⁴

SUBQUESITO 1

Os fundamentos, as competências e os limites fixados para a ANATEL são suficientes para que ela possa fixar a “definição de infrações e cominação de sanções” e a “definição de processos (incluindo metodologias, critérios e parâmetros) para apuração de infrações e para aplicação de sanções”, inclusive valendo-se de atos de outorga (inclusive contratos de concessão) e atos de autorização, na exploração de serviços de telecomunicações? Em caso negativo, quais os que faltam e por que são considerados necessários?

Referência: a LGT no Art. 1º estabelece que “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”; e, em seu 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”.

³⁴ BARROSO, Luis Roberto, *in*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública.** Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

Questão conceitual com implicações legais: a função “organização”, ou a função “disciplinamento” ou ainda a ”fiscalização”, estes dois já incluídos pelo legislador na função “organização”, inclui a função de “definição de infrações e cominação de sanções” e a de “definição de processos (incluindo metodologias, critérios e parâmetros) para apuração de infrações e para aplicação de sanções”?

RESPOSTA

As ferramentas de que dispõe atualmente a ANATEL para tipificar infrações e cominar sanções no segmento das telecomunicações são insuficientes e frágeis, para não dizer precárias, e, por outro lado, os atos de outorga não podem ser utilizados abusivamente para criar deveres aos administrados sem suporte legal.

O art. 1º da LGT fornece base para a União exercer o poder de polícia, vale dizer, o poder de disciplinamento e de fiscalização ínsitos a vários cometimentos coercitivos do campo de atribuições da ANATEL. Todavia, poder de polícia não se confunde com poder sancionador, mas, ao contrário, dele se aparta naturalmente, como se expôs neste parecer.

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. Daí a necessidade, já apontada, de uma Lei Geral de Direito Administrativo Sancionador das Telecomunicações.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que, sem previsão legal da infração, não se pode falar em aplicação de sanção administrativa, conforme se depreende, exemplificativamente, do seguinte precedente:

“Obrigações fiscais. Regime especial para seu cumprimento imposto a contribuinte, por ato administrativo. Princípio da legalidade, em matéria tributaria. Delegação a autoridade fiscal incabível na espécie. A imposição de um sistema de sanções administrativas e fiscais, por mero ato administrativo, caso a caso, não se compadece com a indispensável segurança que há de ter o contribuinte, no que concerne a suas relações com o fisco e as obrigações que lhe advém dos tributos. As sanções a serem impostas ao contribuinte faltoso não poderão pender do arbítrio da autoridade fiscal, mas resultar de expressa disposição de lei. Orientação do STF, acerca de sanções a contribuinte faltoso, consubstanciada nas sumulas 70, 323 e 547. Segurança concedida. Recurso extraordinário conhecido, por dissídio pretoriano, mas desprovido. (STF – RE 100919/ SP. Relator: Min. Néri da Silveira. Primeira Turma. Julgado em: 07/02/1986. DJ 04-03-1988. p. 3894). (grifou-se).

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça³⁵, tampouco dos demais Tribunais Federais pátrios³⁶.

O que se nota, no entanto, é uma lacuna sancionatória na LGT, inclusive no tocante às cláusulas gerais. A confusão entre poder de polícia e poder sancionador certamente enseja essa espécie de perplexidade e causa a lacuna aqui noticiada, mas nem por isso é motivo para que o Poder Judiciário se omita no reconhecimento do grave vício de legalidade e da mácula de inconstitucionalidade que inquinam a proposta governamental, se por acaso aprovada, porque nela o Executivo esposa o nítido entendimento de que o poder de polícia estaria na raiz do poder sancionador e, *ipso facto*, estaria a autorizar o desencadeamento de toda a normativa sancionatória pela via administrativa, como se fosse mera decorrência do poder de disciplinamento do setor de telecomunicações.

Ora, disciplinar não equivale a sancionar. Do contrário, teríamos de considerar que haveria também competências penais outorgadas à Agência, o que não condiz com a realidade de nosso sistema. Em matéria de Direito Punitivo, à luz do princípio da legalidade e, em decorrência, da tipicidade estrita, é imperioso observar um rol taxativo de infrações e de sanções, ainda que haja espaço para os termos juridicamente indeterminados e as complementações na via administrativa, de um modo até mais intenso do que o normalmente utilizado em outros ramos.

Ressalta-se, por oportuno, que a existência desse espaço para expressões juridicamente indeterminadas e para complementações na seara administrativa não significa liberdade para interpretações demasiadamente alargadas ou para o uso indiscriminado de analogia. Veja-se o entendimento do STJ sobre o mote:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TIPIFICADA NO ART. 303, INCISO LVI DA LEI N.º 10.460/88. AUSÊNCIA DA ELEMENTAR

³⁵ “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDOR PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. SUJEIÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPLICIDADE. 1. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. **Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador. [...]**” (STJ – RESP 751634 / MG. Processo: 200500821583. Relator: Min. Teori Albino Zavascki . Primeira Turma. Julgado em: 26/06/2007. DJ 02/08/2007. P. 353.). (grifou-se). A mesma lógica vale para outros ilícitos que se sujeitam ao Direito Administrativo Sancionador, evidentemente.

³⁶ Exemplificativamente: “ENSINO SUPERIOR. UNIVERSIDADE. ESTUDANTE. PROCESSO DISCIPLINAR. SANÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. TIPLICIDADE. NECESSIDADE. FATO CONSUMADO. [...] II - No âmbito do direito administrativo disciplinar (dito sancionador), também vigem os princípios da legalidade e tipicidade. Com isso, conclui-se que as infrações disciplinares devem ser estabelecidas previamente e com uma descrição suficiente da conduta reprovada. **Por consequência, quando as infrações disciplinares são previstas com alto grau de generalidade, quase que afastando a segurança jurídica e autorizando a subjetividade, mostram-se de incidência inaceitável.** [...]” (TRF4, AMS 2003.72.00.003227-6. Relator: Valdemar Capeletti. Quarta Turma. DJ 19/05/2004). (grifou-se).

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

DO TIPO "EM SERVIÇO". NULIDADE DO DECRETO DEMISSÓRIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

[...] **3.** No campo do direito disciplinar, assim como ocorre na esfera penal, interpretações ampliativas ou analógicas não são, de espécie alguma, admitidas, sob pena de incorrer-se em ofensa direta ao princípio da reserva legal.

4. Ressalte-se que a utilização de analogias ou de interpretações ampliativas, em matéria de punição disciplinar, longe de conferir ao administrado uma acusação transparente, pública, e legalmente justa, afronta o princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade, segundo as máximas: nullum crimen nulla poena sine lege stricta e nullum crimen nulla poena sine lege certa, postura incompatível com o Estado Democrático de Direito.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido para anular a pena demissória aplicada ao Recorrente. (STJ – ROMS 16264 / GO. Processo: 200300601654. Relatora: Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgado em: 21/03/2006. DJ 02/05/2006. P. 339.). (grifou-se).

Os atos de outorga, por sua vez, não deixam de ser regulados pelo Direito Público, conquanto comportem aspectos de Direito Privado, mas a absorção de responsabilidades pelos administrados não depende da autonomia da vontade, mas do império da Lei e do Direito.

Resulta necessário que o Direito Administrativo Sancionador, cujas normas jurídicas a ANATEL pretende aplicar no ato de outorga, esteja viabilizado por Lei, e não apenas por atos do Executivo.

Do contrário, pode-se caminhar para um Direito Administrativo Sancionador no campo regulatório, criado direta e exclusivamente por contratos, o que seria inadmissível, porque equivaleria a uma completa privatização desse ramo jurídico e a uma esdrúxula abdicação de cometimentos constitucionais por parte do legislador.

E mais: tivesse o Executivo tantos e tamanhos poderes, seria muito simples impor sua vontade nos contratos em detrimento da vontade dos particulares, não mais que por meio de cláusulas exorbitantes no plano sancionatório. Nada mais singelo e mais fora dos parâmetros do controle do Legislativo e do Estado Democrático de Direito.

QUESITO 4

CONCEITO DE MÁ-FÉ

MÁ-FÉ. DIREITO SANCIONADOR DO AUTOR. IMPOSSIBILIDADE. USO ABUSIVO DE TERMOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. ARBITRARIEDADE E EXCESSOS DO PODER EXECUTIVO NO USO DE EXPRESSÕES DOTADAS DE AMBIGÜIDADE SEMÂNTICA EM MATÉRIA DE DIREITO PUNITIVO. CERCEAMENTO AOS DIREITOS DE DEFESA.

A má-fé não pode ser tipificada como infração administrativa autônoma, porque semelhante manobra equivaleria ao retrocesso equivalente ao do Direito Penal

do autor. Como se sabe, o Direito Penal é vinculado ao fato, não ao autor. A má-fé é um elemento subjetivo que pode ser valorado no contexto do fato, jamais tomado como fator autônomo para dar suporte *per se* a uma sanção.

A má-fé tampouco pode ostentar conteúdos tão abertos e ambíguos que representem um claro passaporte ao arbítrio para o intérprete, no manejo de suas competências. Se não se opuserem limites claros e transparentes à interpretação no manejo dos termos jurídicos indeterminados, inclusive no tocante à expressão "má-fé", corre-se o risco de que a própria autoridade fiscalizadora atue, ela própria, de má-fé no exercício da fiscalização, sem que ninguém consiga controlá-la.

De acordo com o art. 5º: "Nas infrações praticadas por pessoa jurídica, também devem ser punidos com a sanção de multa seus administradores e controladores, quando tiverem agido de má-fé." E, atenção: o §1º considera a má-fé, "dentre outros comportamentos **caracterizados por fraude ou dolo**".

Aqui, a aposição do termo má-fé, dentre outros comportamentos caracterizados por fraude ou dolo, pode gerar ambigüidades, mas, aplicado o princípio da presunção de inocência, há de ser compreendido no sentido de que qualquer dos demais comportamentos qualificados como de má-fé, também exigem o dolo ou a fraude em suas estruturas conceptuais.

Assim, é preocupante, desde logo, na Consulta em exame, o dispositivo que consagra como má-fé a conduta consistente em "I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de leis, regulamentos, contratos, termos e atos aplicáveis ou fatos incontroversos".

O que se estranha à primeira vista no dispositivo é o seu certo impacto cerceador sobre os direitos de defesa dos administrados. Isso porque, uma autoridade com fins persecutórios poderá facilmente caracterizar como de suposta má-fé quem quer que ouse litigar contra a Administração Pública, mesmo quando haja polêmica em torno dos conteúdos dos textos das leis, regulamentos, contratos, termos e atos aplicáveis. Daí a importância de se entender, como se adiantou, sempre necessária a presença da fraude ou do dolo no comportamento do agente.

Curial que a ANATEL, no uso de suas atribuições, posicione-se de forma independente e imparcial, garantindo que os serviços prestados pelas empresas delegatárias sejam de qualidade e em quantidade no mínimo suficientes para o atendimento dos interesses gerais, devendo abdicar de um posicionamento protecionista ou unilateral, pois que semelhante protecionismo, muitas vezes, acaba por inviabilizar o investimento nacional e estrangeiro no desenvolvimento de novas tecnologias, cerceando a concorrência e privando o consumidor brasileiro do acesso às tecnologias de ponta no setor regulado.

Nessa proposta de alteração, ora examinada, observa-se lamentavelmente a ampliação de espaços para posturas subjetivas no campo do Direito Administrativo Sancionador, inclusive no terreno processual, com eventual cerceamento aos direitos de defesa, pela utilização de conceitos jurídicos excessivamente abertos e indeterminados, como este, o de má-fé, concedendo poderes às autoridades na aplicação de penalidades para as pessoas físicas e jurídicas, com base numa responsabilidade de cunho, no mínimo, duvidoso.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Observe-se que também é considerada má-fé, conforme disposição do inciso II, “opor resistência injustificada ao andamento do processo, à fiscalização ou execução de decisão da ANATEL”. Trata-se de outro dispositivo de alcance extremamente perigoso, potencialmente nocivo aos interesses difusos afetados pelas atividades da Agência.

Justifica-se a preocupação dos administrados quanto a esse dispositivo, que nos parece simplesmente dispensável, pois o Código Penal já resolve o problema com a tipificação de crimes relacionados à Administração Pública. Ademais, o que se entenderia por oposição de resistência injustificada?

Qualquer que seja o entendimento, não se dispensa a indicação precisa dos fatos concretos, não sendo suficiente a simples afirmação genérica de que houve resistência injustificada, sendo imprescindível a constatação de dolo ou fraude na atuação do administrado.

Assim, em suma, o que se pretende que seja um tipo sancionador evidentemente carece de um mínimo detalhamento para não descambar em puro voluntarismo.

Com efeito, qualquer ato ou omissão que porventura venha a protelar o andamento do processo, a fiscalização ou execução de decisão da ANATEL, mesmo causado por circunstância involuntária ou escusável, poderia, em tese, ser encaixado nesse esdrúxulo tipo sancionador.

Do mesmo modo, tal a imprecisão da regra, qualquer resistência mais firme por parte do fiscalizado poderia ser enquadrada como resistência *injustificada* e, por consequência, punida com a pena relativa à infração grave. Tudo dependendo do puro nuto do agente fiscalizador.

As indagações da CONSULENTE parecem, por isso, procedentes e, mais ainda, as suas preocupações, porque tipos sancionadores tão abstratos e assim dilargados costumam ser utilizados abusivamente pelas autoridades públicas, ainda que movidas por mais nobres intenções e ideais. Pode-se imaginar o rol de problemas que haverá de surgir se implantado esse novel ilícito no campo dos abusos de poder e de autoridade, inconvenientes e vexames que seriam evitáveis com a pura e simples supressão desse infeliz dispositivo.

Existe vício de inconstitucionalidade nos ilícitos em exame, sublinhe-se, porque suas descrições ferem os princípios de legalidade e tipicidade, nelas não se contendo as mínimas garantias de previsibilidade das condutas proibidas.

Também, adiante, o art. 6º enumera, dentre as faltas graves, no seu § 3º, a conduta de má-fé, se da conduta infratora decorrer benefício direto ou indireto para o infrator (II), se for significativo o número de usuários atingidos (III), ou quando seus efeitos representarem risco à vida (IV) e, no § 4º, define como infração grave “obstar ou dificultar a ação de fiscalização”, costurando a lógica punitiva draconiana que acaba por impregnar toda a proposta.

De acordo com a aplicação do conceito de má-fé no ordenamento jurídico brasileiro, apenas a conduta definida no inciso II poderia ser assim considerada, de modo que as vantagens obtidas pela conduta realizada de má-fé (aqui também a litigância de má-fé, CPC, art. 17), os casos de abuso de personalidade

jurídica (art. 28 CDC³⁷ e art. 50 CCB³⁸) devam ser restituídas sob a forma de perdas e danos, valendo citar, *verbi gratia*, os casos em que se aplica esta definição:

- a necessidade de pagamentos de custas e ônus de sucumbência: art. 5º, LXXIII, CF; art. 87 do CDC; arts. 218, par. único, e 141, § 2º, do ECA; arts. 17 e 18 do Estatuto da Terra; art. 55 da Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais); art. 4º da Lei 9.289/1996 (Regimento de Custas da Justiça Federal); Lei 8.952 de 1994, que altera, dentre outros, o art. 18 do CPC de 1973.

No capítulo IX, que trata da aplicação de multa, o infrator pessoa jurídica e pessoa física (administrador e controlador) não estão diferenciados, adotando-se a definição de infrator constante no item VI do art. 2º, não havendo observância aos princípios da ampla defesa, da razoabilidade, da proporcionalidade e mesmo do Estado de Direito.

Observem-se alguns parâmetros interessantes na delimitação do instituto da má fé no Direito brasileiro:

- pólo passivo de ação, direito de regresso e responsabilidade solidária: art. 161 da Lei 10.406/2002 (fraude contra credores), arts. 295, 363 e 518 do CCB;
- restituição de lucros e dividendos obtidos de má-fé: art. 206, VI, do CCB; art. 16 do CPC³⁹; art. 152 da Lei 11.101/05 (Lei de Falências); art. 2º da Lei 9.668/98⁴⁰, que altera o art. 18 do CPC.

- benfeitorias realizada pelo possuidor de má-fé: art. 242 do CCB⁴¹; art. 1216 do CCB⁴².

³⁷ Art. 28 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro – “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

³⁸ Art. 50 do Código Civil brasileiro, em vigor desde 11.01.2003 – “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

³⁹ Art. 16 do CPC – “Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”.

⁴⁰ Art. 2º da Lei 9.668/98 - “O art.18 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.’ (NR)”

⁴¹ Art. 242 do CCB – “Se para o melhoramento, ou aumento, empregou o devedor trabalho ou dispêndio, o caso se regulará pelas normas deste Código atinentes às benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé ou de má-fé. Par. único. Quanto aos frutos percebidos, observar-se-á, do mesmo modo, o disposto neste Código, acerca do possuidor de boa-fé ou de má-fé”.

⁴² Art. 1.216 do CCB – “O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio”.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

- com relação aos contratos de seguro: CCB, art. 766, par. único, e art. 769; Circ SUSEP 302 de 2005, arts. 79 e 80; Circ 256 SUSEP de 2004, art. 38.
- direito de propriedade, arts. 1218, 1220, 1222, 1254, 1256, 1257, 1258, 1259, 1270, 1271, 1273 do CCB, valendo citar o art. 879, *in verbis*:

“Se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida; mas, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos.

Par. único. Se o imóvel foi alienado por título gratuito, ou se, alienado por título oneroso, o terceiro adquirente agiu de má-fé, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação.”

- E ainda: art. 19 do Estatuto da Terra; art. 4º da Lei 8.009/1990 (impenhorabilidade do bem de família);
- direito comercial: arts. 891, 901, 916, 918, e 1177, todos do CCB; art. 201 da Lei das S. A.; arts. 10 e 16 do Decreto 57.663 de 1966 (Lei Uniforme de Genebra sobre LC e NP); arts. 16 e 24 da Lei 7.357 de 1995 (Lei do Cheque);
- causa de demissão de funcionário público: art. 133, § 6º, e art. 185, § 2º, da Lei 8.112/1990; art. 1º, § 6º, da Lei 9.527/1997;
- direito previdenciário: art. 112, par. único, art. 154, § 2º, e art. 290, II, todos do Decreto 3.048 de 1999;
- prazos diferenciados: art. 54 da Lei 9.784/1999 (Administração Pública Federal), *in verbis*: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”; art. 2º da Resolução 81, de 2003, da ANEEL.

Na jurisprudência, vale relembrar pelo menos dois importantes julgados do Supremo Tribunal Federal sobre litigância de má-fé:

105069754 JCPC.557 JCPC.557.2 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EXAME DA OPORTUNIDADE – TRASLADO DE PEÇAS – O instrumento há de estar formado e, assim, devidamente aparelhado, no prazo recursal, dele constando as peças indispensáveis à verificação da oportunidade do recurso. AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – MULTA – Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé. (STF – AI-AgR 584059 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 08.06.2007 – p. 00031).

105070011 JCPC.557 JCPC.557.2 JCPC.14 JCPC.14.II JCPC.14.III JCPC.17 JCPC.17.VII – 1. RECURSO – Agravo de Instrumento. Inadmissibilidade. Peças obrigatórias. Falta. Agravo regimental improvido. Aplicação da Súmula nº 288. É ônus da parte agravante promover a integral e oportuna formação do instrumento, sendo vedado posterior aditamento que permita a cognição do recurso. 2. RECURSO – Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Argumentação velha. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

multa. Aplicação do art. 557, § 2º, CC. Arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado. (STF – AI-AgR 583103 – RS – 2ª T. – Rel. Min. Cezar Peluso – DJU 18.05.2007 – p. 00103).

Enfim, essas considerações servem para deixar claro que o elemento má-fé pode, e deve ser relevante para variados fins, mas não pode e não deve servir como alternativa para a prática de arbítrio: para a Agência ampliar seus espaços de livre movimentação e criar insegurança jurídica intolerável no setor regulado.

SUBQUESITO 1

Quanto à “Proposta de Alteração no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas”, aprovada pela Resolução 344, de 18 julho de 2003, colocada em consulta pública pela CP 847, de 24 de dezembro de 2007, publicada no DOU de 27 de dezembro de 2007:

a) A LGT, em seu art. 38, estabelece que a atividade da Agência será juridicamente condicionada aos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade; a proposta em Consulta Pública atende a essas condicionantes? Se não, quais os pontos que não as atendem e por que são assim considerados? Considerar especial atenção ao que é disposto no:

b) art 5º quanto à sanção de administradores ou controladores e a utilização da caracterização de má-fé, fixada no Art. 17 do Código do Processo Civil para a litigância de má-fé num contexto de aplicação de sanções a infrações e ao direito material, o que parece ser inconstitucional;

RESPOSTA

Os princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade estão, todos, explicitamente previstos na Lei Federal do Processo Administrativo⁴³ - perfeitamente aplicáveis ao processo sancionador manejado pela ANATEL - além de serem decorrências da própria Constituição Federal de 1988. Indubitavelmente, qualquer proposta de processo administrativo sancionador veiculada em Consulta Pública há de observar tais parâmetros de juridicidade.

Cabe apontar, portanto, em que pontos a Proposta sob exame desatende algum ou todos os princípios apontados. Não é tarefa difícil.

Sobre a **legalidade**, já se o disse e muito. A idéia de estruturar o Direito Administrativo Sancionador pátrio na base do princípio da legalidade e da tipicidade, a

⁴³ A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe no *caput* do seu art 2º que “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

raiz do devido processo legal, enseja a necessidade de o Poder Executivo legitimar-se nas habilitações prévias do legislador, não apenas de modo altamente genérico, a título de uma impossível deslegalização da matéria sancionadora, mas de forma detalhada, como se deve dar a partir da predeterminação normativa das infrações e das penas. Essa assertiva bem demonstra em que medida a proposta despreza o princípio da legalidade como um todo.

A **celeridade** é um princípio previsto na Lei do Processo Administrativo, mas resulta ligado ao princípio da eficiência. Não é simples antever de que modo a celeridade pode ser ferida com a proposta. Muito freqüentemente essa invocação de celeridade tem sido feita sob a justificativa de cerceamento dos direitos de defesa dos administrados, mas tais manobras acabam gerando até mesmo impunidade em face dos resultados no Judiciário. As reformas legislativas que têm buscado celeridade não têm acertado o foco, nos últimos tempos, porque o adequado está na gestão e nos recursos humanos e tecnológicos, nem tanto na legislação e, muito menos, no sacrifício dos direitos das pessoas envolvidas nos processos.

O princípio da **finalidade** é certamente atingido, na medida em que se observa o seu desvio em diversos institutos contidos na proposta. Quando se verifica o uso excessivo e abundante de termos jurídicos indeterminados, sem suporte na legislação, o que ocorre é o recurso ao arbítrio como espaço privilegiado de poder. Qual a finalidade perseguida pelo Executivo? A única legítima que se admite é a alusiva ao interesse público, mas o que se constata, no caso em exame, é algo bem diverso, mais compatível com o arcabouço da teoria do desvio de poder ou do desvio de finalidade, o que comportaria um estudo aproximativo autônomo. Aliás, como referiu RUY CIRNE LIMA, o grande administrativista gaúcho, o princípio da finalidade pública é o autêntico esqueleto do Direito Administrativo, sobre o qual se amontoam as regras editadas tanto pelo Executivo quanto pelo Legislativo⁴⁴.

O princípio da **razoabilidade**⁴⁵ resulta igualmente vilipendiado e ferido, porque exige que a regulação se adapte ao teor da realidade regulada. As normas propostas não parecem razoáveis, nem lógicas. Não se observam quais seriam os parâmetros de razoabilidade a ditar uma regulação tão draconiana e sensivelmente invasiva, como essa que se propõe na Consulta Pública em exame.

As penas propostas não são **proporcionais** ao teor das infrações. As próprias infrações não são proporcionais aos fatos catalogados, aos infratores, ao perfil subjetivo e objetivo dos atores envolvidos, como se teve oportunidade de acentuar, em razão da demasiada generalidade dos elementos empregados.

Como é sabido, uma técnica normativa que adote generalidade excessiva favorece a subjetividade das autoridades, o arbítrio e os espaços de movimentação ilimitada dos intérpretes - tudo em detrimento das liberdades das pessoas destinatárias das normas, da segurança jurídica do setor e da previsibilidade das condutas proibidas.

⁴⁴ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: RT, 1982.

⁴⁵ Vale lembrar do saudoso CAIO TÁCITO que, em seu trabalho "**A razoabilidade das leis**" (publicado na Revista de Direito Administrativo, n. 204, São Paulo, abr./jun. 1996), tratou magistralmente deste princípio e teve enorme influência em sua inserção na Lei nº 9.784/99 (Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), de cuja Comissão tivemos a honra de participar ao lado de grandes nomes como Almiro do Couto e Silva e Odete Medauar.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Nesse contexto, não é preciso muito esforço para perceber que o princípio da **impessoalidade** é deveras prejudicado, enfraquecido e fragilizado. Com ele, o princípio da imparcialidade da atuação administrativa. São favorecidas as atuações extremamente discricionárias, arbitrárias, seletivas e, logo, também personalistas. Perseguições, num universo dominado pela técnica da ambigüidade semântica do Direito Administrativo Sancionador, constituem fenômeno incontrollável, e o princípio da impessoalidade acaba por se tornar mera retórica.

Esse mesmo caminho pode seguir o princípio da **isonomia**, que costuma acompanhar o da impessoalidade, abrindo-se novo e amplo espaço ao arbítrio e ao subjetivismo desenfreado, tornando a igualdade transforma-se numa garantia ilusória. A lei corre o risco de se tornar um mero papel, podendo até de nada valer, porque desprezada pelo Executivo. O que assoma é a vontade do administrador público.

O princípio do **devido processo legal**, em tal contexto, fica desmoralizado. Quem define o devido processo é a própria Agência, unilateralmente, através de normas infralegais. O administrado fica nas mãos do administrador. Não valem nem a Constituição, nem a Lei, mas apenas os Regulamentos e os atos do Executivo. Há uma nítida inversão de valores.

Publicidade e moralidade tornam-se valores importantes nesse quadro. Merecem, tais princípios, uma compreensão instrumental adequada, pois com eles se cuida de viabilizar a proteção de valores substantivos essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Pode-se tornar público aquilo que é decidido pela Agência, mas a publicidade tem e teria um sentido substancial mais importante, que seria o de garantir os direitos de defesa. Não adianta tornar público um ato decisório, se não houver uma garantia de defesa outorgada ao administrado contra tal ato.

Se a concepção vigente fosse a de outorgar imunidade aos atos da Agência, assegurando-lhe a prerrogativa de atuar nos moldes da proposta ora submetida ao crivo público, então o princípio da publicidade seria vulnerado em seu sentido substancial, talvez não formal, porque os administrados ficariam inviabilizados de conhecer as proibições que lhes seriam dirigidas e isso vulneraria o princípio da publicidade, conquanto a violação mais direta alcançasse a tipicidade.

Ademais, se a Consulta Pública se está tornando efetiva, sem o respaldo do art. 40 da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, é evidente que existe uma falta de publicidade acerca dos motivos determinantes que devem lastrear a própria Consulta, o que conduz à falta de validade da proposta submetida a debate.

E se as anteriores infrações e sanções nunca foram submetidas ao princípio da publicidade, nos termos da lei, resulta ainda que existe um vazio normativo nessa matéria, que deve ser preenchido pelos Poderes da República urgentemente, arcando com as conseqüências constitucionais cabíveis.

O princípio da moralidade administrativa tem assento constitucional explícito na Carta Magna de 1988. A moralidade permitirá sempre o acesso das

peças a determinados conteúdos do agir administrativo, para um questionamento ético-jurídico e uma controlabilidade jurisdicional⁴⁶.

É muito fácil esvaziar, na prática, o princípio da moralidade administrativa; basta inviabilizar a controlabilidade dos atos da Agência e os respectivos questionamentos ético-jurídicos. Essa controlabilidade cessaria desde o momento em que se considerasse pertinente o uso descontrolado e ilimitado da técnica das cláusulas gerais e dos termos jurídicos excessivamente indeterminados na tipificação de ilícitos e cominação de sanções, diretamente pela ANATEL, na regulação do setor. Isso porque tal técnica efetivamente amplia o espaço ao arbítrio, sob o vastíssimo manto formal da teoria da discricionariedade administrativa⁴⁷.

Sem embargo, se considerarmos que a ANATEL, ao abusar dessa técnica, estaria também se valendo de ferramentas acusatórias intimidatórias e escancaradamente pesadas contra os administrados, poderíamos também considerar que essa Agência estaria, por sua vez, a violar o princípio da boa-fé objetiva em suas relações com as pessoas do setor e, mais, com isso ferindo a moralidade administrativa⁴⁸.

c) O Art. 5º contém disposições que extrapolam a competência da agência ou que são ilegais ou inconstitucionais? Quais e por que são assim considerados? Justifique a resposta e sugira redação da manifestação a respeito.

RESPOSTA

Na esteira do que tem sido o entendimento exposto neste Parecer, o art. 5º da proposta ora examinada padece do vício de inconstitucionalidade por extrapolar, todo ele, da competência da Agência, ferindo o princípio da legalidade.

O entendimento é, pois, pela global incompatibilidade do art. 5º com o princípio da legalidade, e não apenas em algum de seus dispositivos, porque, de fato, o comando normativo que emana da proposta do Executivo contrasta com a idéia de submissão ao prévio comando legal. Não se encontra a prévia submissão ao Poder Legislativo, como se apontou, e tal lacuna acaba por fulminar a compatibilidade do dispositivo com o ordenamento jurídico, inviabilizando, inclusive, proposta alternativa de redação dessas disposições.

É verdade que existe ainda outro vício a macular o dispositivo em comento, qual seja, a incompatibilidade com o princípio da tipicidade.

⁴⁶ A origem do princípio da moralidade administrativa repousa na obra clássica de HAURIOU, Maurice. **La jurisprudence administrative**: de 1892 a 1929. Paris: Recueil Sirey, 1931. t. II que teceu comentários à jurisprudência do Conselho de Estado francês e formulou esse princípio para ampliar a controlabilidade jurisdicional sobre a Administração Pública, naquelas hipóteses clássicas de desvio de poder ou de finalidade, sobretudo quando acobertadas por uma legalidade formal, conquanto a transgressão estivesse caracterizada por violação a normas éticas internas da Administração.

⁴⁷ Essa já era uma genuína preocupação de Seabra FAGUNDES no tocante à ampliação dos mecanismos de controle jurisdicional da Administração Pública (**O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1957).

⁴⁸ Sobre a relação entre boa-fé objetiva e moralidade administrativa, veja-se o trabalho de MEDINA OSÓRIO **Teoria da Improbidade Administrativa**, citada, que faz as distinções necessárias e posiciona a boa-fé objetiva no plano da moral administrativa.

As infrações arroladas na proposta são demasiado genéricas, não oferecem um mínimo de segurança jurídica ao setor, de modo que seus elementos carecem de racionalidade básica para inserção no sistema.

Nesse sentido, talvez fosse possível sugerir uma nova redação, para que o órgão regulador avançasse sobre o setor, mas seria recomendável que o exercício da veia acusatória e regulatória ficasse a cargo da Agência, porquanto as hipóteses discricionárias para uma descrição hipotética de condutas proibidas são imensas, não parecendo prudente, *a priori*, apontar, pelo menos nesse momento, uma diretriz ao órgão regulador desde o ponto de vista dos regulados.

QUESITO 5

ÓBICE À FISCALIZAÇÃO

ÓBICE À FISCALIZAÇÃO. TIPO SANCIONADOR. CERCEAMENTO À DEFESA. TERMO JURÍDICO EXCESSIVAMENTE INDETERMINADO. RISCO DE ABUSO DE PODER DA FISCALIZAÇÃO. DIREITO À AMPLA DEFESA. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE.

RESPOSTA

Este tópico trata do óbice à fiscalização, um dos temas mais problemáticos da Consulta Pública sob exame.

Não deixa de ser interessante notar que existe uma tendência, cada vez maior, no sentido de as autoridades públicas pretenderem obter atalhos para resolverem seus problemas internos e, com isso, facilitarem seus procedimentos, aliviando suas cargas de trabalho e agregando celeridade aos seus procedimentos.

Quem paga, porém, o alto preço dessa enganosa simplificação é a sociedade: o cidadão, o administrado. Geralmente, as fórmulas, de grande impacto retórico, não têm sentido prático algum. No curto prazo, grandes injustiças. No longo prazo, impunidade, corrupção, ineficiência e, em suma, arbítrio.

Há um outro tema que tem vindo à baila ultimamente, mas não é do agrado das autoridades públicas, conquanto esteja na pena de ilustres juristas pátrios, como é o caso de FÁBIO MEDINA OSÓRIO que, em sua exposição doutoral pela Universidade Complutense de Madrid, defendeu tese intitulada “Teoria da Improbidade Administrativa” e nela sustentou a importância da responsabilidade dos fiscalizadores, sob a alta orientação de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁹.

Considere-se, pois: quem cria óbices à fiscalização deve ser castigado e punido, mas quem fiscaliza mal ou fiscaliza causando indevidamente prejuízos ao fiscalizado, não deve ser punido - quem sabe nas malhas da Lei 8.429/92, ou por reparação de danos, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988? Essa é

⁴⁹ MEDINA OSÓRIO (**Teoria da Improbidade**) sustenta a importância da responsabilidade dos fiscalizadores e arrola numerosas situações em que os agentes controladores devem começar a ser responsabilizados, inclusive nas malhas da Lei 8.429/92, por exercício indevido e abusivo de suas funções fiscalizatórias.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

apenas uma indagação para reflexão, mas ponderável, pois que tem ocupado ultimamente alguns juristas e deve gerar ainda muitos e importantes desdobramentos no sistema judicial pátrio, porquanto a sociedade já não suporta a impunidade de agentes públicos que se crêem olímpicos.

Então, permitida essa breve digressão em torno à responsabilidade dos fiscalizadores, cabe lembrar que o Direito Administrativo Sancionador, é nisso é sempre bom insistir, haverá de ser erigido com base em garantias sólidas para todos, ou seja, com isonomia entre fiscalizados e fiscalizadores, porque a sociedade haverá de cobrar essa transparência de critérios.

No tocante ao objeto da consulta, pensa-se que resultaria deveras perigoso imaginar uma transgressão na base da responsabilidade objetiva ou presumida; tal previsão seria incompatível com o princípio da culpabilidade, e, por que mais não seja, já seria inconstitucional. Imagine-se uma autoridade do setor regulatório sendo cobrada por seus atos com base em princípio da responsabilidade presumida, quais não seriam os desdobramentos dessa cobrança? Imagine-se tal cobrança dirigida a Juízes, Promotores, Procuradores, Fiscais, e outras autoridades públicas? É evidente que resultaria inaceitável. Então, também há de ser evidente que não se pode aceitar a mesma draconiana cobrança em relação aos administrados que prestam relevantes serviços públicos no setor das telecomunicações.

Por outro lado, pensa-se também que o exercício dos direitos de defesa não pode ser inviabilizado ou enfraquecido com um vago conceito de óbices genéricos ao exercício da fiscalização. O que é um óbice ao exercício da fiscalização? É fácil detalhar deveres fiscalizatórios, comportamentos cogentes e deveres dos administrados, mas não se pode tolerar a preguiça ou os atalhos confortáveis nessa seara tão delicada quanto complexa.

Como direitos fundamentais estão em jogo, é necessário redobrada prudência: uma visão teleológica deve preponderar, que seja extremamente restritiva, pois comprometida com os direitos defensivos dos administrados, até porque, a Agência deve contar com seus próprios meios para exercer a fiscalização e os eventuais óbices indevidos que se opuserem, devem ser cumpridamente detalhados, para que exista cabal transparência nas proibições e segurança nas ações dos agentes privados do setor.

Não se deve deixar em plano secundário a cobrança da relação de proporção adequada entre meios e fins, o que só pode ser averiguado se houver clareza nas proibições. A ambigüidade favorece a clandestinidade e o arbítrio, não custa repetir à exaustão.

SUBQUESITO 1

Quanto à “Proposta de Alteração no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas” aprovado pela Resolução 344, de 18 de julho de 2003, colocada em consulta pública pela CP 847, de 24 de dezembro de 2007, publicada no DOU de 27 de dezembro de 2007:

a) A LGT, em seu Art. 38, estabelece que a atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade,

finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade; a proposta em Consulta Pública atende a essas condicionantes? Se não, quais os pontos que não as atendem e por que são assim considerados? Considerar especial atenção ao que é disposto no Art 6º, § 4º, que classifica como grave a infração “óbice à fiscalização” dando ensejo ao aumento do “arbítrio da fiscalização” e ao “cerceamento de defesa”.

RESPOSTA

Sim. Há um aumento do arbítrio ou do chamado espaço ao arbítrio e, também, há uma ampliação do espaço para cerceamento de defesa. De resto, a definição fere o princípio da tipicidade, pelo emprego da técnica chamada do uso de linguagem excessivamente aberta, ou emprego de termos jurídicos semanticamente abertos (de modo excessivo), vulnerando-se a segurança jurídica e a previsibilidade objetiva do comportamento proibido.

b) O Art. 6º contém disposições que extrapolam a competência da agência ou que são ilegais ou inconstitucionais? Quais e por que são assim considerados? A classificação das infrações está suficientemente especificada para estabelecer uma “dosimetria da sanção” que possa ser aplicada de acordo com o “princípio da proporcionalidade” entre a “gravidade da infração” e a “intensidade da sanção”, por tipo e modalidade de serviço? Notar que o Anexo ao regulamento em vigor – que define os limites superiores de multas por grupo de serviços de telecomunicações e por nível de gradação da sanção – não consta da proposta em exame, o que resultará no aumento do espaço de “arbítrio” da agência e da “incerteza” dos administrados; esta conclusão é verdadeira? Justifique a resposta e sugira redação da manifestação a respeito.

RESPOSTA

A classificação das infrações está formulada de forma objetiva, desconsiderando peculiaridades ligadas ao tipo e modalidade de serviço. De notar que precisamente seria de se esperar que a autoridade administrativa tivesse o cuidado de detalhar tais peculiaridades, acaso, eventualmente, as infrações viessem classificadas de modo mais genérico pelo Legislador.

No Direito Penal, que serve como referência analítica, os tipos estão associados às sanções, de tal sorte que a gradação das penas resulta necessariamente atrelada de forma proporcional à gravidade das infrações. Por tal razão, inclusive, para cada tipo de infração corresponde uma sanção específica⁵⁰.

No caso ora submetido a exame, é evidente que a classificação das infrações não está suficientemente especificada, nem, tampouco, detalhada, em termos de correspondência com as respectivas sanções, inviabilizando um tratamento diferenciado aos administrados em razão dos diversos e múltiplos serviços prestados no setor.

⁵⁰ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. 3. ed. rev. e ampl.. São Paulo: RT, 1995. analisam os fundamentos do Direito Penal brasileiro, dentre eles o da responsabilidade penal subjetiva e o da proporcionalidade que deve marcar a relação entre os tipos e as penas. Tal lição se aplica, evidentemente, ao plano do Direito Administrativo Sancionador.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

O problema aqui noticiado reconduz a uma das modalidades de responsabilidade objetiva. Na raiz dessa espécie de responsabilidade, que se contrapõe à idéia de responsabilidade subjetiva, estão os princípios da proporcionalidade e da igualdade.

De um lado, a proporcionalidade exige que a infração se faça acompanhar de uma sanção proporcional à sua gravidade, em todos os elementos relevantes. A sanção integra a teoria do ilícito. De outro lado, essa exigência decorre do fato de que aos administrados e jurisdicionados é imperioso dispensar um tratamento igualitário, o que implica dizer - na clássica e notória fórmula de RUY BARBOSA - tratar desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Se para serviços distintos, com potencialidades transgressoras e agressivas diferentes, valores completamente apartados, se estabelecem idênticas infrações, na tutela de bens jurídicos que, no fundo, não podem ser idênticos, há um tratamento igual para desiguais.

A fórmula ora questionada pode beneficiar indevidamente um segmento em detrimento de outro, prejudicando, porém, a coletividade. É justo imaginar que, para serviços distintos e diferenciados, haja também uma preocupação, tanto do Legislador quanto do Executivo, em detalhar essas situações, e inclusive através do instrumento da Consulta Pública, mas já bem antes disso, no sentido de viabilizar a construção de alternativas que guardem compromisso tanto com o princípio da proporcionalidade quanto com o princípio da isonomia, ambos autênticos sustentáculos da responsabilidade subjetiva.

QUESITO 6

“REFORMATIO IN PEJUS”

REFORMATIO IN PEJUS. CERCEAMENTO AOS DIREITOS DE DEFESA. DIREITO AO RECURSO. DEVIDO PROCESSO LEGAL.

RESPOSTA

Sobre a questão da chamada “reformatio in pejus”, cuida-se de um dos institutos mais combatidos na atualidade do Direito Administrativo Sancionador, merecendo, *primo ictu oculi*, uma frontal repugnância.

No Direito Penal, sabe-se que tal instituto já não encontra guarida desde longa data. Isso, certamente, porque o Direito Penal, de longa data tem compromisso com direitos humanos e, logo, com a sua expressão, como direitos fundamentais. Como afirmou ALEJANDRO NIETO, existe uma superioridade dogmática do Direito Penal sobre o Direito Administrativo Sancionador, que deve ser considerada no momento da inspiração para elaboração da dogmática administrativista, conquanto, repita-se, existam matizes a levar em linha de consideração.

Essa superioridade teórica, fruto de séculos à frente, de lutas políticas por liberdades individuais, fez com que o Direito Penal servisse de referência

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

obrigatória e paradigmática para os administrativistas em matéria punitiva - o que se torna concretamente necessário aqui, no tratamento do tema “reformatio in pejus”⁵¹.

A paridade de armas é uma garantia do devido processo legal, que se aplica tanto ao Direito Penal quanto ao Direito Administrativo Sancionador. O Estado não pode desequilibrar a relação processual entre acusador e acusado, sendo imperioso lembrar que o devido processo legal tem, entre suas principais conseqüências, a garantia da paridade de armas entre os atores litigantes.

A proximidade entre o Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Administrativo Sancionador (e Direito Processual Administrativo Sancionador) revela a necessidade de se coibir o instituto da “reformatio in pejus”, tendo em mira as mesmas razões pelas quais o é no âmbito penalístico: considerando a aplicação simétrica dos princípios penais ao universo jusadministrativista⁵².

A “reformatio in pejus” consiste num instituto pelo qual o julgador, analisando o recurso do acusado, revolve uma matéria de ordem pública e, *ex officio*, decide uma questão em desfavor do próprio recorrente, em que pese, naturalmente, essa questão não constar do recurso proposto.

A “reformatio” suscita uma série de problemas importantes, a começar pelo obstáculo que cria ao direito de defesa. Se alguém é condenado e resolve recorrer, diante do silêncio da parte contrária (órgão acusador), sente um enorme constrangimento em face da possibilidade de que seu próprio recurso se volte contra seus interesses (legítimos ou não, são, afinal, seus interesses que estão em jogo).

Esse instituto acaba por constranger pessoas a não recorrerem e a se conformarem com decisões condenatórias, pelo medo da reforma de um novo ato administrativo que venha em desfavor de seus interesses⁵³. Optam, assim, pela

⁵¹ Veja-se NIETO, Alejandro, obra citada.

⁵² Sobre a impossibilidade do instituto, tanto no âmbito administrativo quanto no penal, já se manifestou o STJ: “Administrativo. Serventário de cartório. Pena administrativa. Reformatio in pejus. Mandado de segurança. Poder disciplinar da administração e poder punitivo do estado-sociedade. Diferenças e aproximações. Impossibilidade, em ambas as hipóteses, de se aplicar pena não mais contemplada pela lei e agravar a situação do disciplinado. Recurso ordinário conhecido e provido. [...] **ii - O “poder disciplinar”, próprio do estado-administração, não pode ser efetivamente confundido com o “poder punitivo” penal, inerente ao estado-sociedade. A punição do último se faz através do poder judiciário; já a do primeiro, por meio de órgãos da própria administração. Ambos, porém, não admitem a ‘reformatio in pejus’, e muito menos a aplicação de pena não mais contemplada pela lei.** iii - Recurso ordinário conhecido e provido. (STJ – ROMS 3252 / RS. Processo: 199300185519. Relator: Min. Pedro Aciole. Sexta Turma. Julgado em: 30/11/1994. DJ 06/02/1995.). (grifou-se).

⁵³ No mesmo diapasão, tem-se GORDILLO, há muito tempo: “También cabe señalar que la posibilidad de que se produzca la *reformatio in pejus* en un procedimiento administrativo es peligrosa, porque puede ser usada como un medio de coaccionar indirectamente a los administrados para no interponer recursos contra sus actos, bajo la amenaza actual o virtual de empeorar aún mas la situación jurídica en que se los ha colocado en virtud del acto anterior. Un arma tan formidable frente al administrado se vuelve ciertamente contra el mismo interés público de que la administración no dicte ni mantenga actos administrativos ilegítimos: el propio interés público, reflejado en el carácter objetivo del procedimiento administrativo, exige facilitar las vías de recurso y no crear las condiciones para que ellas no sean intentadas por temor a sufrir consecuencias perjudiciales, que pueden revestir la naturaleza de un castigo o hasta de una persecución por el sólo hecho de haber recurrido. Por tales razones reiteramos

estabilidade de uma situação injusta, para não correrem o risco de agravar o que já está ruim.

E parece que talvez tenha sido exatamente essa uma das intenções de quem idealizou esse instituto: reduzir a quantidade de recursos por constranger os acusados em geral: um objetivo inconfessável, espúrio e censurável, nos moldes idealizados.

Ocorre que, sem ir a esse extremo vicioso, há outras fórmulas disponíveis para reduzir a interposição de recursos, sejam eles judiciais ou administrativos, inclusive contemplando hipóteses taxativas de litigância de má-fé, ou aplicando súmulas vinculantes, ou otimizando receitas conciliatórias. A “reformatio”, porém, é uma fórmula demasiado agressiva e brutal, injusta e arbitrária.

Mas há mais: o instituto da “reformatio” deturpa e distorce o próprio papel do julgador, que se deve manter imparcial no processo. Essa observação vale também para a autoridade administrativa, sobretudo para os julgadores que integram as Agências, porque deles também se espera institucionalmente a imparcialidade. Com efeito, a “reformatio” é um instituto perigoso, porque vocaciona o julgador para o lado parcial da advocacia e, no caso das Agências, da Administração Pública tradicional, para a prática daquela censurável administração parcial e autoritária, vertical e unilateral.

Em suma, entende-se, tranqüilamente, que a “reformatio” é um instituto abominável, a todas as luzes, no Direito Administrativo Sancionador brasileiro. Não há nenhuma razão para sua subsistência em nosso sistema. Ao contrário, a implementação indevida desse instituto é causa de nulidade absoluta do ato que o implementar.

SUBQUESITO 1

Quanto ao “reformatio in pejus” usado com frequência, inclusive para cerceamento de defesa, qual o risco do Art. 15, e de seu parágrafo único, validar a prática da “reformatio in pejus”? Essa prática, aplicada no processo administrativo, em especial no contexto em tela, é legal ou constitucional? No caso de ser legal ou constitucional, quais as condições necessárias para a sua aplicação? Quem tem competência para a sua aplicação? Quais os recursos que são facultados ao administrado sancionado com a “reformatio in pejus”? Onde estão previstos na legislação em vigor? Justifique a resposta e sugira a redação da manifestação a respeito.

RESPOSTA

Inicialmente, cumpre referir que o art. 15, e seu parágrafo único, do Projeto aqui submetido a exame, efetivamente contempla riscos concretos de “reformatio in pejus”, isso no caso de haver uma interpretação em desconformidade com os preceitos constitucionais que devem reger a ampla defesa.

que es inadmisible la *reformatio in pejus* en materia de recursos administrativos...”. (GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4. ed., t. 4.1, Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1980, p. II-39 e II-40).

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

É de se acreditar, inclusive, que a real intenção da Proposta seja, lamentavelmente, a de consagrar a possibilidade da “reformatio in pejus”, porque, do contrário, desnecessária seria a previsão de ciência ao administrado, pois que já estaria no exercício de suas faculdades processuais ordinárias e assim tomaria ciência naturalmente através do exercício de tais faculdades.

A única redação possível para um dispositivo similar diz respeito à previsão do oferecimento das razões e contra-razões recursais, além do contraditório pleno, nada mais. De resto, não se atina em que medida o administrado, num processo administrativo sancionador, possa vir a ser prejudicado por seu próprio recurso⁵⁴.

Deixou-se, é possível, pela veemência do repúdio, patenteada até uma radical contrariedade dogmática quanto ao instituto em tela. Esposa-se, afinal, o juízo de que a “reformatio” não pode ser aceita, sob hipótese alguma, no ordenamento jurídico pátrio, no contexto do Direito Administrativo Sancionador, por incompatibilidade com o fundamento do devido processo legal, à luz da razoabilidade que dita a aplicabilidade matizada dos princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador. Inaceitável essa utilização da “reformatio” como ferramenta para coibir ou esmagar os direitos de defesa, pois se acredita que tal prática é, além de ilegal, visceralmente inconstitucional.

O administrado sancionado com a “reformatio” terá, sem dúvida, o caminho ao Judiciário, com suas instâncias, até a Suprema Corte, mas deverá observar as cautelas relacionadas aos recursos pertinentes a todas essas Cortes, desde a origem, o que requer um trabalho advocatício muito bem plantado, que envolve análise dos casos concretos.

Não se pode olvidar que, em matéria de sanções administrativas, não é cabível que o administrado se conforme com decisões notoriamente arbitrárias e fora dos parâmetros básicos de juridicidade.

QUESITO 7

DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA

DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA. DESLEGALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA SANCIONATÓRIA. INTEGRAÇÃO DA NORMATIVA SANCIONATÓRIA. ALCANCE DA CONSULTA PÚBLICA. NORMAS

⁵⁴ A doutrina estrangeira, fazendo referência a entendimento jurisprudencial, assim se pronunciou: “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y posteriormente del Tribunal Constitucional, ha afirmado unánimemente la prohibición de reformatio in peius en los recursos administrativos. Las Sentencias de la Sala Tercera de 22 de septiembre de 1989 y 16 de julio de 1990 razonan que concebidos los recursos administrativos como instrumento de garantía del administrado, su virtualidad se vería atenuada si como consecuencia de su interposición pudiera agravarse la situación del recurrente que en esta línea podría ver coartada su libertad a la hora de adoptar la decisión de recurrir. Por otra parte, si es el recurso el que abre de otra suerte no se hubiera producido, ha de ser el recurso el que defina los límites de tal revisión. En consecuencia, un interesado no puede ver reformada o empeorada (in peius) su situación como consecuencia de su propio recurso. Se trata, como dice la Sentencia de la misma Sala de 19 de julio de 1989 de una ampliación del principio de seguridad jurídica, que debe prevalecer incluso frente al mismo principio de legalidad.” (BARRA, Eladio Escusol e PÉREZ, Jorge Rodríguez- Zapata. **Derecho Procesal Administrativo**. Madrid: Tecnos, 1995. p. 97.)

ESPECÍFICAS EDITADAS SEM SUPORTE EM CONSULTA PÚBLICA. INVALIDADE. NORMAS INCOMPATÍVEIS COM PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO, DA PARTICIPAÇÃO, LEGALIDADE, TIPICIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA.

RESPOSTA

O princípio da legalidade, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, por comportar, como já referido, certos matizes em relação ao Direito Penal, de aplicação simétrica, certamente admite os desdobramentos inerentes à teoria da competência administrativa. Isso equivale a dizer que o ato administrativo sancionador envolve problemas atinentes à competência administrativa.

Ora, a competência, como se sabe, e mais acentuadamente ainda, em matéria de Direito Administrativo Sancionador, há de receber chancela legal, até mesmo porque envolve, na origem, o compromisso com o princípio da tipicidade das infrações e das penas. Todavia, trata-se de definir a autoridade competente para as investigações, processo e julgamento, de modo que o problema transcende, em boa medida, o debate sobre tipicidade em sentido estrito.

No caso das telecomunicações, a ANATEL ostenta competências no campo do poder de polícia, sem dúvida alguma, e teoricamente está vocacionada ao exercício do poder sancionatório.

Porém, cabe observar que, no interior da Agência, a competência há de ser devidamente aquilatada entre as diversas autoridades orgânicas constituídas, de modo a emprestar visibilidade e segurança jurídica aos administrados com relação à atividade decisional, seja no tocante à atuação de poder de polícia, seja mesmo quanto ao exercício do poder sancionador.

Portanto, o que resulta necessário averiguar é se existem competências, dentro da ANATEL, que pertencem a determinados órgãos, e não a outros, em caráter indelegável, e se existem outras, que podem ser delegadas.

Ora, as competências que resultam plasmadas em lei, nela fixadas de modo taxativo, não podem ser derogadas por normas administrativas. Cuida-se de respeitar o princípio da legalidade administrativa, inscrito diretamente na Constituição Federal (art. 37). A indelegabilidade está associada ao fato de que cumpre ao Executivo respeitar comandos legais inequívocos.

Existem, é certo, comandos legais que autorizam, na via da chamada auto-organização administrativa, a delegação de competências. Em tais casos, o legislador expressamente autoriza o Executivo a delegar competências, ou a distribuir suas próprias competências, através de atos internos, como regulamentos, decretos e outros instrumentos próprios. Trata-se do fenômeno designado como deslegalização, muito comum no campo da auto-organização administrativa, mas necessariamente dependente de previsão expressa pelo Legislativo, sob pena de violação ao princípio de separação dos Poderes⁵⁵.

Neste tópico, portanto, cabe assinalar que nos parece sempre prudente examinar o texto do Legislador, em matéria de competências, mormente no terreno do

⁵⁵ Reportamo-nos, sobre o tema da deslegalização, ao clássico ENTERRÍA, **Curso**, citado. O campo fértil a esse fenômeno se encontra efetivamente na auto-organização administrativa e, ainda assim, carece de recondução aos termos da lei.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

poder de polícia e das sanções administrativas, porquanto se trata de tema que envolve princípios intimamente ligados ao Estado Democrático de Direito: os direitos fundamentais dos administrados.

Em havendo previsão legal expressa no sentido de que uma dada competência pertence a determinado órgão, impossível resulta ao Executivo disciplinar diversamente a matéria, outorgando essa mesma competência a órgão diverso, através de um de seus instrumentos internos.

Mesmo no silêncio do legislador, tampouco resulta possível presumir a existência de autorização implícita para uma deslegalização ilimitada.

O tratamento das competências obedece ao princípio hierárquico, de matriz constitucional; em se tratando de competências superiormente definidas, presume-se que os órgãos dotados das competências explícitas abarquem as implícitas.

Existe uma lógica a presidir toda a distribuição normativa das competências, que deve prosseguir consecutivamente na via administrativa.

Assim, o silêncio do legislador, muito comum nessa matéria, não deve ser usado como pretexto para instaurar o caos administrativo, nem pode servir de pretexto para subverter valores básicos de hierarquia no Poder Executivo.

A idéia mestra que preside toda a funcionalidade das competências é a preservação da boa ordem interna administrativa e da hierarquia e coerência dos trabalhos, agregando segurança jurídica aos administrados e transparência ao setor público.

Pensa-se, assim, que tais considerações sobre competência administrativa são mais do que suficientes para deixar clara uma posição doutrinal a respeito do assunto.

Não se pode aceitar violação ao princípio da hierarquia administrativa à distribuição legal das competências funcionais, máxime em se tratando de uma Agência responsável pelo sensível setor das telecomunicações, sob o mero pretexto da existência de um vazio legislativo.

Não se confunda vazio legislativo com vazio normativo. Este último inexistente nos sistemas jurídicos e, como tal, na ordem jurídica brasileira não há como se falar em lacuna normativa no caso em exame.

No tocante à Consulta Pública, como já se disse desde o início, sua importância, em se tratando de Direito Regulatório, é notável, mormente no âmbito das telecomunicações.

Não é por outra razão que o legislador obrigou o Executivo a usar desse instrumento chamado Consulta Pública e a motivar seus pronunciamentos na condição de Agente Regulador no segmento das telecomunicações (art. 40 LGT).

A produção normativa da Agência deveria, além de obedecer pautas de legalidade, juridicidade, impessoalidade, proporcionalidade, razoabilidade, eficiência,

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

moralidade (art. 37 CF), buscar atendimento aos princípios democrático e da participação, satisfazendo requisitos de legitimidade e de diálogo com a sociedade, notadamente com o setor regulado.

Com isso, pretende-se deixar bem claro que uma Consulta Pública legalmente imposta à Administração não há de ser tratada como um luxo procedimental do Governo, mas como uma imposição inafastável, pois inerente ao princípio democrático e decorrente da própria lógica de produção normativa da Agência.

Nesse diapasão, a metodologia de cálculo para aplicação da sanção pecuniária deveria necessariamente constar da Consulta Pública, evidentemente, para abrir o debate, sob pena de invalidar a proposta como um todo, porque o debate é que dá legitimidade à produção normativa consubstanciada no Regulamento.

Isso porque, sem definição da metodologia a ser seguida, resta inviável saber de que modo a autoridade procederá à dosimetria das sanções, o que produz, por si só, intolerável insegurança jurídica nos administrados.

Tal metodologia haveria de constar, portanto, da Consulta, integrando a normativa aplicável à matéria, tal como ocorre com o art. 59 do Código Penal, aqui lembrado por analogia, na linha da aplicação simétrica dos princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador.

Ao tratar de um tema de suposta competência administrativa, remetendo ao Superintendente Executivo a atribuição para formalizar metodologia de cálculo, sem trazê-la para o campo da Consulta Pública, a ANATEL peca por invalidar sua Proposta como um todo, não só ferindo o princípio democrático em seu viés substantivo, como maculando o debate por ela instaurado, com agressão indesculpável do próprio art. 40 da LGT.

SUBQUESITO 1

Quanto à “Proposta de Alteração no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas” aprovado pela Resolução 344, de 18 de julho de 2003, colocada em consulta pública pela CP 847, de 24 de dezembro de 2007, publicada no DOU de 27 de dezembro de 2007:

a) A LGT, em seu Art. 38, estabelece que a atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade; a proposta em Consulta Pública atende a essas condicionantes? Se não, quais os pontos que não as atendem e por que são assim considerados? Considerar especial atenção ao que é disposto no Art. 21, que delega competência ao Superintendente Executivo para “formalizar metodologia de cálculo para aplicação de sanção de multa” quando tais metodologias já deveriam estar incorporadas nesta proposta em Consulta Pública; é de se destacar que o Regulamento em vigor, desde julho de 2003, em seu Art. 25, fixava que as “gradações e sanções das infrações” deveriam “ser objeto de normas específicas” que não foram até hoje submetidas à consulta pública; a atual proposta altera este item para pior, procrastina por tempo

indeterminado o que já deveria estar vigindo, após consulta pública e aprovação do Conselho Diretor, condição também não mencionada na proposta em tela.

b) O Art. 21, que delega competência ao Superintendente Executivo para “formalizar metodologia de cálculo para aplicação de sanção de multa” não está a contrariar a competência do Conselho Diretor, por ser ela indelegável nesta matéria? Tal metodologia, para ter validade legal, não deve ser submetida à Consulta Pública? Notar que o Regulamento em vigor, desde julho de 2003, em seu Art. 25, já fixa que as “gradações e sanções das infrações” devem “ser objeto de normas específicas” que não foram submetidas à consulta pública; neste caso, as sanções aplicadas sem que tais normas específicas tenham sido aprovadas podem ter sua validade legal questionada? Qual a redação substituta para este artigo?

RESPOSTAS

Sim, em ambas as hipóteses. O art. 21, nos moldes propostos, afronta a competência do Conselho Diretor, indelegável nessa matéria, por estar disciplinada no Regimento Interno da ANATEL (art. 47 e ss.) como desdobramento das normas da LGT e da hierarquia fixada na legalidade e princípios previstos no art. 37 da CF.

Trata-se de competência pertencente ao Conselho Diretor, órgão colegiado da entidade, sendo decorrência implícita da legislação que rege a matéria e preserva os princípios da hierarquia, impessoalidade, moralidade, eficiência, igualdade, devido processo legal, publicidade e razoabilidade (art. 37 da CF, e arts. 17, 18, 19, 38, 40, todos da LGT).

Sim, especificamente aqui quanto à metodologia, para ter validade legal, ela também deveria ser submetida à Consulta Pública, nos moldes de toda a normativa que se pretende aprovar, porque a integra indissolivelmente, como parte integrante dos critérios de dosimetria da pena, de tal sorte que o administrado tem todo o direito de conhecer previamente esse conjunto de critérios administrativos.

Sim, também quanto às normas específicas, mencionadas pelo Regulamento em vigor, que não foram submetidas à Consulta Pública e, nesse sentido, podem ter sua validade questionada, porque esse específico devido processo da lei é um instrumento de validação da futura normativa à luz do princípio democrático e do princípio da participação, mas, sobretudo, porque se trata de delicada produção normativa, carente de obediência aos preceitos constitucionais da legalidade, tipicidade e devido processo legal, no tocante à previsibilidade dos comportamentos proibidos e no que tange às zonas de penumbra e de intolerável incerteza que produzem.

A normativa específica anterior não foi objeto de Consulta Pública, de modo que o procedimento de validação passa por sua submissão por esse devido procedimento. Enquanto não se der o devido procedimento de validação, não se pode aceitar a normativa anteriormente produzida ao arrepio da legislação de regência.

O questionamento da validade se pode dar tanto nos casos concretos, incidentalmente, quanto de forma concentrada, no juízo competente. Nos casos concretos, o que se pode avaliar é se a interpretação dos tipos sancionadores se deu em desconformidade com a Constituição Federal, pela demasiada elasticidade

emprestada aos tipos, ou por desrespeito a direitos constitucionais, vulnerando-se as garantias inerentes aos princípios democrático e da participação.

Diga-se que, em tal caso, o princípio democrático e o princípio da participação viriam como sustentáculos da segurança jurídica e da previsibilidade das condutas proibidas, entrelaçando-se com os princípios da legalidade, tipicidade e devido processo legal. Esse seria o caminho incidental.

No plano concentrado, independentemente da elasticidade hermenêutica emprestada aos tipos sancionadores, o que se pode questionar é o procedimento formal em si mesmo, vale dizer, a falta de submissão ao processo de Consulta Pública e seus desdobramentos, daí derivando vício de ilegalidade, num primeiro momento, e de inconstitucionalidade por violação aos princípios democrático e da participação, além da legalidade administrativa (art. 37, CF).

III - CONSIDERAÇÕES FINAIS

As extraordinárias mutações juspolíticas que marcaram a transição da modernidade à pós-modernidade abrangeram desde a reconfiguração do Estado - como aparelho concebido para organizar racionalmente a ação da sociedade; passando pelas transformações do Direito - para renovar a própria racionalização; e alcançaram a própria redefinição do *locus* da política - para redefinir o novo conceito de cidadania.

Como se observa sem esforço, essa tríplice pauta de transformações obedeceu a um princípio motor muito poderoso, que emergiu de um formidável consenso neo-humanístico dos escombros físicos e morais de um *século curto* marcado por três Guerras Mundiais, duas quentes e uma fria, mas todas brutais e letais.

Esse princípio motor, expressão de um humanismo ressuscitado pelo horror das experiências de ditaduras, ideologias, totalitarismos e intransigências radicalizados, pode ser sintetizado na afirmação ecumênica dos direitos humanos, expressos constitucionalmente como direitos fundamentais.

As conseqüências dessa extraordinária mudança de paradigmas - uma revolução pós-moderna ainda em curso - se pode definir, quanto ao **Estado**, por sua transformação de aparelho dirigente a aparelho servidor da sociedade; quanto ao **Direito**, por sua flexibilização para atender às hipóteses impossíveis de precisão legislativa, o torna um direito plural, negociado e reflexivo; e quanto à **Política**, por sua marca transformadora das pessoas, de súditos a cidadãos.⁵⁶

Nesse novo contexto, não mais se legitima uma normativa legal e, muito menos, administrativa, descompassadas quando não incompatíveis com os novos valores, definidos como **princípios fundantes** de um Estado Democrático de Direito, tais como a imperatividade à *outrance*, a supremacia do interesse público administrativamente definido e a impositividade de decisões desmotivadas, entre outras manifestações radicais e autocráticas do Poder Público.

⁵⁶ Neste sentido, CHEVALIER, Jacques, in *L'État post-moderne*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2004, p. 9-17.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Eis porque, nesse novo contexto pós-moderno, que sobremaneira caracteriza o exitoso **Estado Democrático de Direito**, todas as transgressões aos direitos fundamentais assumem uma gravidade capital, pois que o põem em cheque, com todos os seus valores.

Essa é, **em síntese**, a razão pela qual não se pode aceitar as deformações da CONSULTA PÚBLICA 847, dada à publicidade pela ANATEL – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, que propõe alteração em seu Regulamento administrativo sancionatório em vigor, este, por si só, já viciado e maculado também pela ausência de um marco legal específico no setor.

Muito pelo contrário, conforme o que foi analiticamente exposto neste Parecer, as graves deformações apontadas devem ser firmemente repudiadas pela sociedade e, se o caso, pela Justiça, porque, além de violadoras da Constituição e da Lei, revelam (1) um preocupante retrocesso no processo de afirmação daqueles valores fundantes do Estado Democrático de Direito, (2) uma negação do conceito da regulação, como a vigente alternativa para o velho dirigismo sócio-econômico, (3) um atraso no progresso do Direito Administrativo Sancionador e (4) um, ainda mais inquietante, avanço do arbítrio, esse antigo e sempre calamitoso vício, que acompanha secularmente o poder incontido.

Parece, enfim, que tais preocupações estão a merecer a prudente consideração das autoridades da ANATEL e do Governo Federal para chamar à ordem o processo legitimatório de seu pretendido novo Regulamento administrativo sancionatório, reconduzindo-o formal e substantivamente à juridicidade.

É nesse contexto que se torna imperiosa a confecção, para o setor das telecomunicações, de uma Lei Geral de Direito Administrativo Sancionador, que dê respaldo ao novo Regulamento e a toda normativa que venha a ser produzida, nesse segmento tão sensível quanto pragmático e dinâmico, diante dos movimentos do capitalismo mundial.

O crescimento, a expansão, o aperfeiçoamento do Direito Administrativo Sancionador em nosso País, passa por sua inserção afinada em setores sensíveis ao intervencionismo político e todos carentes de altas doses de juridicidade no controle das prerrogativas sancionatórias das autoridades públicas. É o caso, precisamente, do segmento das telecomunicações, como se propôs demonstrar neste Parecer.

Em realidade, o Parecer inova além do consultado, pois, fiel às premissas de valor que o motivaram e o lastreiam, supera as contribuições pontuais com vistas a enriquecer a Consulta Pública e o futuro Regulamento, ao questionar frontalmente tanto o vigente como o que se propõe, e acenar para uma nova e atualizada normativa para o setor, ou seja: transcender inúmeras questões secundárias para voltar-se a um repensar de todo o segmento regulado.

Daí porque, realmente, o embate - de idéias e de ideais - que se propõe com o oferecimento deste Parecer, é o subjacente desafio de envergadura da atualidade – a **mudança de paradigmas** - cujos desdobramentos, em seminários, comissões de juristas e em pronunciamentos das mais elevadas Cortes do País, poderão fazer a diferença entre o preguiçoso atrelamento ao passado e o corajoso enfrentamento das diversificadas e fundamentais questões que o futuro se nos propõe.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Este é o Parecer,

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 11 de fevereiro de 2008.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
Advogado, inscrição nº 8.275, OAB/RJ

IV - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Servicio público y libertades públicas**. Espana: Expansión, 19 jan. 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1.

BARNES, Javier. **Introducción al principio de proporcionalidad em el derecho comparado y comunitário**. In *Revista de Administración Pública*, n. 135, Madrid, set./dez. 1994.

BARRA, Eladio Escusol e PÉREZ, Jorge Rodríguez-Zapata. **Derecho procesal administrativo**. Madrid: Tecnos, 1995.

BRINDEIRO, Geraldo. **O devido processo legal e o Estado Democrático de Direito**. In *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 19, São Paulo, Malheiros, 1997.

CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. **Agencias y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O controle judicial da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados**. In *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 359, p. 383-392, 2002.

CASSESE, Sabino. **Crisis y transformaciones del derecho administrativo**. In *Documentación Administrativa*, n. 250-251, p. 215-225, jan./ago. 1998.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. 3ª. ed. rev. e ampl.. São Paulo: RT, 1995.

CHAPUS, René. **Droit administratif general**. 12a. ed. Paris: Montchrestien, 1998. t. I.

CHEVALIER, Jacques. **L'État post-moderne**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2004.

CUTANDA, Blanca Lozano. **La tensión entre eficácia y garantías em la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador com especial referencia al principio de legalidad. Las fronteras del Código Penal de 1995 y el derecho administrativo sancionador**. In *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.

DELLIS, Georges. **Droit penal et droit administratif: l'influence des principes du droit penal sur le droit administratif répressif**. Paris: LGDJ, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **El problema jurídico de las sanciones administrativas**. In *REDA*, Civitas, out. 1976.

_____. **La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria.** *In Revista de Administración Pública*, v. 10, n. 30, p. 131-166, Madrid, set./dez., 1959.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. v. 1.

_____. **Curso de Derecho Administrativo II.** 7. ed. Madrid: Civitas, 1995.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomas. **De la arbitrariedad de la administracion.** 3a. ed. Madrid: Civitas, 1999.

FONTELES, Cláudio Lemos. **Ne reformatio in pejus – art. 617 do código de processo penal.** *In Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 37, p. 36-39, 2000.

GIANNINI, Massimo Severo. **Derecho Administrativo.** trad. Luis Ortega, volumen primeiro, Madrid: Ministério para las Administraciones Públicas, 1991.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo.** 4a. ed., t. 4.1, Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1980.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica da Constituição de 1988.** 4a. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HAURIOU, Maurice. **La jurisprudence administrative: de 1892 a 1929.** Paris: Recueil Sirey, 1931. t. II.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo.** 5. ed. São Paulo: RT, 1982.

LLORIENTE, Francisco Rubbio. **La forma del poder – Estudios sobre la Constitución.** Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

MARTIN-REPORTILLO BAQUER, Lorenzo. **Multas administrativas.** *In RAP*, n. 79, 1976.

_____. **El principio de que las sanciones administrativas no deben ser superiores a las señaladas para las faltas en el libro 3º del Código Penal. Procedência de condena judicial sin perjuicio de la correspondiente competência administrativa. El problema de la duplicidad de las vias sancionatórias.** *In RAP*, n. 56, 1968.

MARTINEZ, Sergio Perez-Espejo. **El derecho penal administrativo en la Republica Democrática Alemana**. Examen histórico-crítico. 2a. ed. Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1996.

MASTRANGELO, Cláudio. **Agências Reguladoras e Participação Popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MATTES, Heinz. **Problemas de derecho penal administrativo, história y derecho comparado**. Trad. José Maria Rodríguez Devesa. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

MEDINA OSÓRIO. Fábio. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Direito Administrativo Sancionador**. 2a. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **O conceito de sanção administrativa no direito brasileiro**. In: MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo (Org.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Anais, Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha, homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Corrupción y Mala Gestión de la "res publica": el problema de la improbidad administrativa en el derecho administrativo sancionador brasileño**. In *Revista de Administración Pública* 149 (RAP), p.487/52, maio/agosto de 1999, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 22. ed. atual. Eurico de Andrade Azevedo et. al. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MODERNE, Franck. **Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines**. Paris: Economica, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 14a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Direito da Participação Política: legislativa, administrativa e judicial**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. **Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

_____. **Mutações do Direito Administrativo.** 3a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Legitimidade e Discricionariedade.** 4a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Natureza Jurídica, Competência Normativa e Limites de Atuação.** *In Revista de Direito Administrativo*, n. 215, Rio de Janeiro, jan./mar.1999.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador.** Madrid: Tecnos, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **Sanções administrativas e princípios de direito penal.** *In Revista de Direito Administrativo*, v. 1, n. 219, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas.** 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

PEREZ, Adolfo Carretero e SANCHEZ, Adolfo Carretero. **Derecho administrativo sancionador.** Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995.

PÉREZ, Jorge Rodríguez-Zapata; BARRA, Eladio Escusol. **Derecho procesal administrativo.** Madrid: Tecnos, 1995.

PINTO, Bilac. **Regulamentação Efetiva dos Serviços Públicos de Utilidade Pública.** Rio de Janeiro: Forense, 1941.

RINCÓN, Jose Suay. **Sanciones administrativas.** Studio Albornotiana. Bolonia: Publicaciones del Real Colégio de Espana, 1989.

TÁCITO, Caio. **A razoabilidade das leis.** *In Revista de Direito Administrativo*, n. 204, São Paulo, abr./jun. 1996.

_____. **O poder de polícia e seus limites.** *In Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, v. 27, jan./mar., 1952.

VADILLO, Enrique Ruiz. **La aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador, examinados desde la vertiente constitucional, administrativa y penal.** *In Las fronteras del Código Penal de 1995 y el derecho administrativo sancionador.* Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997.

VENTURA, Patrícia Plaza. **Las sanciones comunitárias europeas: su aplicación a las empresas.** Madrid: Edijus, 1999.

VILA, Antonio Dominguez. **Constitución y derecho sancionador administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

V - DOCUMENTOS E REFERÊNCIAS NORMATIVAS

ANATEL. **Agência Nacional de Telecomunicações**. Documento eletronicamente disponível no sítio: <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>. Acesso em janeiro 2008.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. **Diário Oficial**, Brasília, p. 10413, 05 out. 1962.

_____. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, p. 6993, 03 jun. 1992.

_____. Lei n. 8.977, de 6 de janeiro de 1995. Dispõe sobre o serviço de TV a cabo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 417, 9 jan. 1995.

_____. Lei Geral das Telecomunicações: lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 15081, 17 jul. 1997.

_____. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 1, 1 fev. 1999.

_____. Decreto n. 2.338, de 7 de outubro de 1997. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 22529, 8 out. 1997.

Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações, de 19 de julho de 2001, aprovado pela Resolução n. 270 de 19 jul. 2001, alterado pela Resolução n. 489 de 05 dez. 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 dez. 2007.

Resolução n. 344 da Agência Nacional de Telecomunicações, de 18 de julho de 2003. Aprova o Regulamento de aplicação de sanções administrativas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 jul. 2003.

Resolução n. 441 da Agência Nacional de Telecomunicações, de 12 de julho de 2006. Aprova o Regulamento de fiscalização. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jul. 2006.

Fevereiro de 2008.

VI - ANEXOS

CONSULTA PÚBLICA Nº 847

CONSULTA PÚBLICA N.º 847, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2007

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

CONSULTA PÚBLICA N.º 847, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2007

Proposta de Alteração no
Regulamento de Aplicação de
Sanções Administrativas

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto n.º 2.338, de 7 de outubro de 1997, deliberou em suas Reuniões n. 463 e 464, realizadas em 13 e 21 de dezembro de 2007, respectivamente, submeter a comentários e sugestões do público em geral, nos termos do artigo 42 da Lei n.º 9.472, de 1997, e do artigo 67 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, e do constante dos autos do processo n.º 53500.020772/2005 a Proposta de Alteração no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução n.º 344, de 18 de julho de 2003, nos termos do anexo à presente Consulta Pública.

O texto completo da proposta em epígrafe, estará disponível na Biblioteca da Anatel, no endereço abaixo e na página da Anatel na Internet, endereço <http://www.anatel.gov.br>, a partir das 14h da data da publicação desta Consulta Pública no Diário Oficial da União.

As manifestações fundamentadas e devidamente identificadas devem ser encaminhadas exclusivamente conforme indicado a seguir, preferencialmente, por meio de formulário eletrônico do Sistema Interativo de Acompanhamento de Consulta Pública, disponível no endereço Internet <http://www.anatel.gov.br>, relativo a esta Consulta Pública, até às 24h do dia 15 de janeiro de 2008, fazendo-se acompanhar de textos alternativos e substitutivos, quando envolverem sugestões de inclusão ou alteração, parcial ou total, de qualquer dispositivo.

Serão também consideradas as manifestações encaminhadas por carta, fax ou correspondência eletrônica recebidos até às 18h do dia 11 de janeiro de 2008, para:

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES
SUPERINTENDÊNCIA EXECUTIVA
CONSULTA PÚBLICA N.º 847, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2007
PROPOSTA DE ALTERAÇÃO NO REGULAMENTO DE APLICAÇÃO DE
SANÇÕES ADMINISTRATIVAS
Setor de Autarquias Sul – SAUS – Quadra 6, Bloco F, Térreo – Biblioteca
70070-940 - Brasília – DF
Fax. (61) 2312-2002
e-mail: biblioteca@anatel.gov.br

As manifestações recebidas merecerão exame pela Anatel e permanecerão à disposição do público na Biblioteca da Agência.

RONALDO MOTA SARDENBERG
Presidente do Conselho

PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO REGULAMENTO DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO REGULAMENTO DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Capítulo I - Do Objetivo

Capítulo I

Do Objetivo

Art.1.º

Art. 1º. Este Regulamento estabelece parâmetros e critérios para aplicação de sanções administrativas por infrações à Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, e demais normas aplicáveis, bem como por inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão, dos atos de designação ou dos atos e termos de permissão, de autorização de serviço e de direito de exploração de satélite ou ainda dos atos de autorização de uso de radiofrequência.

Capítulo II - Das Definições

Capítulo II

Das Definições

Art. 2.º

Art. 2º. Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

I – Advertência: sanção aplicada por inobservância de obrigação que não justifique imposição de pena mais grave.

II – Antecedente: registro de sanção administrativa imposta pela Anatel, da qual não caiba mais recurso, no período de 5 (cinco) anos contado da publicação da decisão no Diário Oficial da União (D.O.U.) até a efetivação da notificação de instauração do PADO – Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações – em análise, excluído o caso de reincidência específica.

III – Caducidade: sanção que extingue a concessão, a autorização ou a permissão de serviço, a autorização de uso de radiofrequência e o direito de exploração de satélite, nos casos previstos em Lei.

IV – Cassação: sanção que extingue a concessão de Serviço de TV a Cabo, regido pela Lei n.º 8.977, de 06 de janeiro de 1995, que só será aplicada pela Anatel após sentença judicial transitada em julgado.

V – Declaração de inidoneidade: sanção aplicável a quem tenha praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos de licitação.

VI - Infrator: pessoa natural ou jurídica que não cumpre com as suas obrigações legais e/ou contratuais.

VII – Multa: sanção pecuniária imposta à pessoa natural ou jurídica.

VIII – Reincidência Específica: repetição de falta de igual natureza, no período de 5 (cinco) anos, contado da publicação da decisão administrativa da qual não caiba mais recurso, no Diário Oficial da União (D.O.U.) até a notificação de instauração do PADO em análise.

IX – Suspensão temporária: sanção de suspensão da prestação do serviço de telecomunicações, de uso de radiofrequência ou do direito de exploração de satélite, em caso de infração grave, cujas circunstâncias não justifiquem a aplicação de caducidade.

Parágrafo único. A Cassação como forma de sanção definida neste Regulamento não se confunde com a cassação como forma de extinção da Autorização para prestação de serviços de telecomunicações, prevista no art. 139 da Lei n.º 9.472/97.

Capítulo III - Das sanções administrativas, da abrangência e dos tipos

Capítulo III

Das sanções administrativas, da abrangência e dos tipos

Art. 3º e Art. 4º.

Art. 3º. Os infratores estão sujeitos às seguintes sanções, sem prejuízo daquelas de natureza civil e penal, inclusive a prevista pelo Art. 183 da Lei n.º 9.472, de 16

de julho de 1997:

I – advertência;

II – multa;

III – suspensão temporária;

IV – caducidade;

V – declaração de inidoneidade; e

VI – cassação.

Parágrafo único. A apuração da infração à ordem econômica deve seguir procedimento próprio, cabendo a decisão final ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Art. 4º. As sanções devem ser aplicadas mediante decisão fundamentada da Anatel, assegurando o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, nos termos da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e do Regimento Interno da Agência.

Capítulo IV - Dos administradores e controladores

Capítulo IV

Dos administradores e controladores

Art. 5.º

Art. 5º. Nas infrações praticadas por pessoa jurídica, também devem ser punidos com a sanção de multa seus administradores ou controladores, quando tiverem agido de má-fé.

§ 1º Considera-se má-fé, dentre outros comportamentos caracterizados por fraude ou dolo:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de leis, regulamentos, contratos, termos e atos aplicáveis ou fatos incontroversos;

II - opor resistência injustificada ao andamento de processo, à fiscalização ou à execução de decisão da Anatel;

III – agir de modo temerário;

IV – provocar incidentes infundados; e

V – interpor recurso ou pedido de reconsideração com propósito manifestamente protelatório.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

§ 2º. A apuração da infração praticada por administrador ou controlador deve ser realizada em autos apartados, apensados ao processo principal instaurado em desfavor da pessoa jurídica, observando-se todos os princípios processuais legais.

§ 3º. No cálculo do valor da multa a ser aplicada ao administrador ou ao controlador devem ser considerados os parâmetros adotados neste regulamento.

Capítulo V - Da classificação das infrações

Capítulo V

Da classificação das infrações

Art. 6.º

Art. 6º. As infrações são classificadas, segundo sua natureza e gravidade, em:

I – leve;

II – média; e

III – grave.

§ 1º. A infração deve ser considerada leve quando decorrer de conduta involuntária ou escusável e não se constatar presente nenhum dos fatores enumerados no § 3º ou no § 4º deste artigo.

§ 2º. A infração deve ser considerada média quando decorrer de conduta inescusável e não se constatar presente nenhum dos fatores enumerados no § 3º ou no § 4º deste artigo.

§ 3º. A infração deve ser considerada grave quando a Anatel constatar presente um dos seguintes fatores:

I – ter o infrator agido de má-fé, consoante os parâmetros do art. 5.º deste regulamento;

II - decorrer da infração benefício direto ou indireto para o infrator;

III – ser significativo o número de usuários atingidos; e

IV – quando seus efeitos representarem risco à vida.

§ 4º. Obstar ou dificultar a ação de fiscalização é infração grave.

Capítulo VI - Dos Parâmetros e Critérios para Aplicação das Sanções

Capítulo VI

Dos Parâmetros e Critérios para Aplicação das Sanções

Art. 7º.

Art. 7º. Na aplicação de sanções devem ser considerados os seguintes parâmetros:

I – o serviço explorado;

II – a abrangência dos interesses a que atendem;

III – o regime jurídico de exploração do serviço;

IV – a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Capítulo VII - Da Aplicação de Suspensão Temporária

Capítulo VII

Da Aplicação de Suspensão Temporária

Art. 8º.

Art. 8º. Na aplicação de suspensão temporária, o prazo não deve ser superior a 30 (trinta) dias.

Parágrafo único. Na ocorrência de sanções sucessivas de suspensão, ultrapassando o prazo limite de 30 (trinta) dias, pode ser aplicado o procedimento de intercalação das suspensões previstas, em prazo não superior a 10 (dez) dias, mediante solicitação do infrator.

Capítulo VIII - Da Aplicação de Declaração de Inidoneidade

Capítulo VIII

Da Aplicação de Declaração de Inidoneidade

Art. 9º.

Art. 9º. A declaração de inidoneidade deve ser aplicada a quem tenha praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos de licitação.

Parágrafo único. O prazo de vigência da declaração de inidoneidade não deve ser superior a 5 (cinco) anos contados desde da notificação do trânsito em julgado da decisão administrativa.

Capítulo IX - Da Aplicação de Multa

Capítulo IX

Da Aplicação de Multa

Art. 10, Art. 11 e Art. 12

Art. 10. A multa pode ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção, não devendo ultrapassar o valor previsto na lei.

Art. 11. No cálculo do valor da multa devem ser considerados os seguintes aspectos:

- I – Os danos resultantes para o serviço e para os usuários efetivos ou potenciais;
- II – A participação do infrator no mercado, dentro de sua área geográfica de prestação do serviço;
- III – A situação econômica e financeira do infrator, em especial sua capacidade de geração de receitas e seu patrimônio;
- IV – A gravidade da falta; e
- V – O benefício direto ou indireto auferido pelo infrator.

§ 1º. Os incisos II e III do caput não se aplicam ao cálculo do valor de multa de infrações cometidas por pessoas naturais ou jurídicas que sejam:

- I – autorizadas de telecomunicações de interesse restrito para uso próprio.
- II – não autorizadas de telecomunicações.

§ 2º. A sanção por óbice ou dificuldade à fiscalização da Agência levará em consideração adicionalmente os seguintes aspectos:

- I – duração do óbice; e
- II – quantidade de informações não fornecidas ou fornecidas erroneamente;

§ 3º. O valor da multa pode ser acrescido, até os limites abaixo, considerando os seguintes agravantes:

- I – 10% (dez por cento), quando o dano resultante atingir acima de 10% (dez por

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

cento) dos usuários do serviço prestado pelo infrator;

II – 100% (cem por cento), no caso de Reincidência Específica;

III – 5% (cinco por cento), quando houver Antecedente;

IV – 5% (cinco por cento), quando da infração decorrer benefício direto ou indireto para o infrator;

V – 35% nos casos em que o infrator agir de má-fé; e

VI – 5% (cinco por cento), no caso de circunstâncias não contempladas nos incisos anteriores.

Art. 12. O valor da multa pode ser reduzido em até 35% (trinta e cinco por cento), caso incidam uma das seguintes circunstâncias atenuantes:

I – cessação espontânea e imediata da infração;

II – adoção de medidas, por livre iniciativa do infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida; e

III – denúncia espontânea do infrator junto à autoridade pública responsável e competente para regulamentar o serviço.

Capítulo X - Da Substituição de Sanções

Capítulo X

Da Substituição de Sanções

Art. 13

Art. 13. As sanções constantes deste regulamento podem ser substituídas por uma menos gravosa, nos casos em que a infração não justificar a aplicação destas sanções, observado o disposto neste regulamento e nas demais normas aplicáveis.

Parágrafo único. A decisão de que trata o *caput* deve ser fundamentada, indicando explicitamente o interesse público a ser protegido, os critérios de conveniência e oportunidade adotados e os parâmetros de substituição da sanção.

Capítulo XI - Da Interposição de Recurso ou Pedido de Reconsideração

Capítulo XI

Da Interposição de Recurso ou Pedido de Reconsideração

Art 14. e Art. 15

Art. 14. Da decisão de aplicação da sanção cabe interposição de recurso ou pedido de reconsideração nos estritos e exatos termos previstos no Regimento Interno da Agência.

Art. 15. A autoridade competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

Capítulo XII - Do Pagamento da Sanção de Multa

Capítulo XII

Do Pagamento da Sanção de Multa

Art. 16., Art. 17. e Art. 18.

Art. 16. O pagamento realizado após a notificação da decisão de aplicação da sanção não prejudica o direito de recurso ou pedido de reconsideração.

§ 1º. No caso de concessão de efeito suspensivo, em sede de recurso administrativo ou pedido de reconsideração, a cobrança da multa deve ficar suspensa até que a decisão administrativa torne-se definitiva.

§ 2º. Tendo sido provido o recurso ou o pedido de reconsideração, o valor da multa paga será restituído com correção pelos juros correspondentes à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC ou de outro índice que vier a substituí-lo, conforme a legislação em vigor, desde a data de seu pagamento, em observância ao Regulamento de Arrecadação de Receitas do Fundo de Fiscalização de Telecomunicações.

§ 3º. Tendo sido negado provimento ao recurso ou ao pedido de reconsideração, ao qual tenha sido concedido efeito suspensivo, o valor da multa a ser paga deve sofrer correção segundo a variação do IGP-DI ou de outro índice que vier a

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

substituí-lo, conforme a legislação em vigor, desde a data da notificação da cominação da multa até a data de publicação do ato de sanção de multa no DOU.

§ 4º. Diante da reforma de decisão, decorrente de recurso ou pedido de reconsideração, que determine o aumento do valor da multa inicialmente aplicada, o valor a ser pago deve corresponder à diferença entre o novo valor da multa e a quantia já paga.

Art. 17. O pagamento da multa deve ser efetuado no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir do recebimento da notificação da decisão para a qual não tenha sido concedido o efeito suspensivo.

Parágrafo único. No caso da concessão de efeito suspensivo, o pagamento deverá ser efetuado no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da publicação da decisão final no DOU.

Art. 18. Quando não houver pagamento da multa no prazo fixado no art. 17, o seu valor deve ser acrescido dos seguintes encargos:

I – multa moratória de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) por dia de atraso, até o limite de 10% (dez por cento), calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo para pagamento fixado no Art. 17, até o dia em que ocorrer o seu pagamento, salvo disposição em contrário; e

II – juros correspondentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do prazo fixado no art. 17, até o mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês do pagamento.

Parágrafo único. Não havendo sido comprovado o pagamento em até 45 (quarenta e cinco) dias após o prazo referido neste artigo, o débito deve ser inscrito no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN) e na Dívida Ativa, na forma prescrita na Lei.

Capítulo XIII - Das Disposições Finais

Capítulo XIII

Das Disposições Finais

Art. 19. , Art. 20., Art. 21. e Art. 22

Art. 19. A multa mínima a ser imposta não deve ser inferior ao valor igual ao limite mínimo para inscrição na dívida ativa, prevista em instrumento legal adotado pela Anatel.

Art. 20. Revoga-se o art. 18 do Regulamento para utilização do cartão indutivo em telefone de uso público do STFC, aprovado pela Resolução n.º 334, de 16 de abril

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

de 2003.

Art. 21. Compete ao Superintendente Executivo formalizar metodologia de cálculo para aplicação de sanção de multa, com observância aos parâmetros e critérios previstos neste Regulamento.

Parágrafo único. A proposição da metodologia de cálculo para aplicação de sanção de multa será elaborada conjuntamente entre as Superintendências.

Art. 22. À detentora de concessão, permissão ou autorização de prestação de serviço de telecomunicações ou de uso de radiofrequência ou de direito de exploração de satélite, cujo contrato, ato ou termo esteja em vigor, as sanções devem ser aplicadas observados os critérios e os valores de multa neles estabelecidos, bem como as disposições deste Regulamento, no que couber.