A AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES:
natureza jurídica, delegação de poderes e poder de polícia

VIDALVO SILVINO DA COSTA FILHO

1. Introdução. 2. Origem da Agência Reguladora e as Telecomunicações. 3. A Emenda Constitucional n. 08. 4. Natureza Jurídica e regime. 5. A ANATEL e os serviços de Radiodifusão. 6. Delegação de poderes à ANATEL: o fenômeno da deslegalização. 7. Regulação e Poder Regulador. 8. O Conceito de Poder de Polícia. 9. O Poder de Polícia da ANATEL. 10. Conclusão. 11. Bibliografia.

1. Introdução

A segunda metade do século XX foi marcada por uma vigorosa intervenção do Estado na economia. O organismo estatal elegeu áreas estratégicas nas quais investiria diretamente, englobando, inclusive, atividades de cunho puramente econômico. Em outro polo, ampliou a oferta de serviços com o objetivo de atender aos crescentes anseios do corpo coletivo.

Nos últimos anos, o Estado brasileiro vem passando por profundas transformações. Sob influência do neoliberalismo, nosso país promoveu um extenso programa de privatização das empresas estatais que prestam serviços de utilidade pública. Os principais argumentos dessa reforma consistem na ineficácia de uma política fiscal secular e na ausência de capital para se investir na atual infra-estrutura. Somado a isso, o desequilíbrio das finanças estatais provocou um *déficit* público constante no orçamento, resultando na contínua ausência de recursos financeiros com vista à promoção e desenvolvimento dos serviços já existentes.

Assim, os cidadãos, em geral, passaram a usufruir de serviços essenciais, embora prestados de forma deficiente, arcaica e com baixa qualidade, os quais necessitavam de modernizações tecnológicas e novos investimentos. Para amenizar esse problema, foi implementado o *Programa Nacional de Desestatização*.[1]

Acompanhando essa mudança, a Administração Pública brasileira também se reestruturou. Nossa organização administrativa inspirou-se na França, pautada em

uma forte centralização dos serviços ofertados, onde o poder estatal os exerce diretamente, ou através de pessoas jurídicas de Direito Público que compõem a chamada Administração Indireta. No Brasil, esse modelo trouxe algumas desvantagens, pois criou privilégios a certos grupos políticos os quais dominavam o comando das antigas estatais, causando um aumento desenfreado no número de empregos dessas entidades. Por terem o controle exclusivo sobre a prestação dos serviços, a exemplo da telefonia, as estatais eliminaram a livre concorrência nos setores públicos, desestimulando a redução dos custos operacionais os quais eram repassados, diretamente, ao consumidor e, por via indireta, ao contribuinte. Os efeitos mais negativos dessa política foràm a baixa produtividade, a falta de qualidade do serviço prestado e a ineficiência dos setores monopolizados.[2]

Para corrigir tais distorções, o governo federal incentivou uma imprescindível reforma no sistema clássico de Administração Pública, instituindo uma política de privatização das empresas públicas e a venda do controle acionário das sociedades de economia mista. Os poderes administrativos, juntamente com suas respectivas funções, estão sendo reavaliados, cercando-se de uma gradual descentralização administrativa. Agora, o arquétipo de Administração Pública que está influenciando nossa reforma é o dos Estados Unidos da América e Reino Unido.

As metas da contemporânea transformação de nosso modelo administrativo encontram-se no *Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado*. O plano emprega o termo *Administração Pública Gerencial* para designar o último estágio de nossa mudança administrativa. Sua base assenta-se na maior preocupação com a *eficiência* do aparato público, obrigando a máquina estatal a reduzir custos, aumentar a qualidade dos serviços ofertados e favorecer uma descentralização administrativa.[3]

Esse redimensionamento das funções estatais, somado a um programa de desestatização, trouxe a exigência de se regular novamente os setores antes monopolizados pelas estatais. As empresas privatizadas assumiram o papel de concessionárias de serviços públicos. Portanto, não seria legítimo que essas entidades, após serem

1 O referido programa foi disciplinado pelas Leis 8.031, de 12 de abril de 1990, e 9.491, de 09 de setembro de 1997.

2 "Tudo isto foi feito, exacerbando: *o centralismo*, cujas raízes remontam aos primórdios da história administrativa do País; o *clientelismo*, caracterizado pela troca de favores e pela concessão de tratamento privilegiado a grupos e setores dominantes da sociedade; *o gigantismo* e o *multifucionalismo do Estado*, com o aparecimento e a indecente proliferação de empresas estatais, que passaram a açambarcar a quase totalidade da exploração dos serviços públicos; o *patrimonialismo*, representado pela utilização privada da coisa pública; e o *corporativismo*, que domina as empresas estatais significando a apropriação do Estado pelos seus agentes. Com isso, o modelo de concessão adotado no Brasil foi transformado, vale repetir, numa operação *cost-plus*, isto é,: dá-se à empresa estatal tanta tarifa quanto ela necessita, ainda que por razões injustificáveis". COMISSÃO PFL-200. *Premissas e Projeções para um Programa de Governo 1999-2002*, p. 455.

3 "O modelo gerencial tornou-se realidade no mundo desenvolvido quando, através da definição clara de objetivos para cada unidade da administração, da descentralização, da mudança de estruturas organizacioais e da adoção de valores e de comportamentos modernos no interior do Estado, revelou-se mais capaz de promover o aumento da qualidade do serviço e da eficiência dos serviços". PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. www.planalto.gov.br/secom/colecao/plandiz.htm.

transferidas à iniciativa privada, mediante um longo processo licitatório, ficassem sem uma devida regulação pelo poder público. E para fugir à lentidão burocrática do controle direto do Poder Executivo, foram criadas as *Agências Reguladoras.*

2. *Origem da agência reguladora e as telecomunicações*

A expressão *Regulatory Agency* ou Agência Reguladora originou-se no Reino Unido e EUA. Esse último foi o primeiro país a adotar tal instituto. Inicialmente, a terminologia explicava a entidade administrativa responsável pelos interesses da sociedade civil. Nessa nação, sempre preponderou um forte liberalismo. A exploração das atividades econômicas era, tradicionalmente, efetivada por empresas privadas e entes não governamentais. E para não embaraçar o progresso da economia de mercado, o Estado norte-americano intervinha só o estritamente necessário. Com base nessa premissa, propagou-se a noção de um organismo dinâmico, desvinculado da onipotência estatal, mas que pertenceria à Administração Pública, ligando a iniciativa privada ao governo central: a Agência Reguladora.

As agências já existem há muito tempo e, segundo os autores norte-americanos, acumulam funções quase-legislativas e quase-judiciais (*quasi-legislative and quasi-judicial functions*). A primeira, de que se tem notícia, foi a Comissão Interestadual de Comércio (*Interstate Commerce Commission* — ICC), fundada em 1887. No princípio, era responsável pela regulação de alguns serviços ferroviários, porém sua competência estendeu-se ao longo dos anos, englobando, atualmente, vários setores. Outro exemplo de agência foi a Comissão Federal de Comércio (*Federal Trade Commission* — FTC), implantada em 26 de setembro de 1914. Ambas representaram um marco na regulação da política anti-truste estadunidense; objetivavam evitar práticas obscuras de concorrência desleal, cartelização dos preços e impedir a monopolização de mercados, a formação de oligopólios setoriais, além de promover a livre competição entre empresas.[4]

Com o desenvolvimento daquele Estado, os cidadãos demandavam um número mais abrangente de serviços públicos oferecidos. Para atender aos anseios sociais, a iniciativa privada era convidada a desempenhar tais obrigações estatais através de outorgas e concessões. No intuito de prezar pela boa qualidade dos serviços oferecidos e proteger os interesses dos usuários, também se implantou a figura das agências.

Desde então, a maior parte da Administração estatal progrediu através desse paradigma. O fenômeno da agencificação cristalizou-se a partir de 1946, ano da edição da Lei de Procedimento Administrativo (*Federal Administrative Procedure Act of 1946* — APA). É interessante observar que a seção 551 (1) do aludido diploma legal traz uma definição ampla de agência:

4 PEGRUM, Dudley F. *Public Regulation of Business*, p. 291-294 e p. 309-314.

"§ 551. Definições. Para os fins deste subcapítulo— (1) agência significa qualquer autoridade governamental dos Estados Unidos, cuja atuação possa ou não ser revista por outra agência, excluindo-se— (A) o Congresso Nacional; (B) o Poder Judiciário; (C) os Governos dos Territórios ou Possessões dos Estados Unidos; (D) o Governo do Distrito Federal"[5]

Bernard Schwartz as classifica em reguladoras (*regulatory agency*) e não reguladoras (*non-regulatory agency*). As reguladoras, dotadas da incumbência de expedir normas (um poder eminentemente regulamentar) e de um eficiente poder fiscalizador e sancionador (poder de polícia), voltam-se à regulação de atividades econômicas e interesses privados. As *non-regulatory agencies* detêm poderes bem mais restritos, sendo responsáveis pela prestação de serviços públicos em geral e de bem-estar social, como previdência, saúde e assistência social.[6]

No Reino Unido, o processo foi similar. Houve uma proliferação dos denominados organismos especiais criados por lei (*special statutory bodies*). Sua gestão é independente em relação à Administração Direta, dispondo de poder para regulamentar assuntos específicos, mercados econômicos, comércio e até atividades profissionais. Desenvolveram-se ainda as Agências Executivas (*Executive Agencies* ou *Next Steps Agencies*), destituídas de autonomia normativa, as quais apenas executariam serviços de ordem pública, detendo ainda a prerrogativa de celebrar contratos de gestão (*contracting-in*) com o ministério ao qual se vinculam.[7]

Em nosso país, a última etapa da globalização desencadeou um processo de privatização das empresas de telefonia e energia elétrica. A *regulação* dessas e outras áreas estatais, como petróleo e vigilância sanitária, foi fomentada por organismos administrativos independentes, observados principalmente na seara federal. Assim, surgiram as chamadas agências reguladoras em nosso ordenamento jurídico, a exemplo da Agência Nacional de Telecomunicações — ANATEL (Lei nº 9.472/97), a Agência Nacional de Petróleo — ANP (Lei nº 9.478/97), Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL (Lei nº 9.427/96), Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVISA (Lei nº 9.782/99).[8]

No mundo inteiro, as telecomunicações sempre foram enquadradas como um serviço básico estatal. Devido ao forte interesse público, as companhias telefônicas foram estatizadas e seguidas de um outro elemento: a monopolização do setor

5 Tradução livre. "*§ 551. Definitions. For the purpose of this subchapter— (1) agency means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include— (A) the Congress; (B) the Courts of the United States; (C) the governments of the territories or possessions of the United States; (D) the government of the District of Columbia*".

6 SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*, p. 05 e 06.

7 GALIGAN, Denis James. "*Introduction: Social-Legal Readings in Admistrative Law*". *A Reader on Administrative Law*, p. 08-12.

8 A Medida Provisória 2.134-24/2000 modificou o art. 3º, da Lei 9.782, alterando a abreviatura da Agência Nacional de Vigilância Sanitária para ANVISA. Contudo, permaneceu a sigla ANVS no art. 1º, § 1º, II, da referida lei.

telefônico pelo Estado. Enquanto nos Estado Unidos, a exclusividade do serviço pertencia a uma indústria privada, a *American Telephone and Telegraph* — AT&T, embora fosse submetida a uma regulação estrita. O domínio monopolístico era justificado pela escassez de capital privado, os elevados custos dos meios de transmissão, os altos investimentos necessários à atualização tecnológica e a impossibilidade de se ofertar um preço acessível a todos os usuários, o que inviabilizaria a competição no setor.[9]

Todavia, com a desestatização das empresas telefônicas, seguida da respectiva quebra do monopólio, tornou-se imprescindível a introdução de organismos independentes para reestruturar o serviço em diversos países. Durante a década de 80, a AT&T perdeu o controle exclusivo sobre a telefonia norte-americana, e a Comissão Federal de Comunicações (*Federal Communications Commission* — FCC) estabeleceu regras de concorrência à iniciativa privada. Na Grã-Bretanha, a Lei de Telecomunicações de 1984 (*Telecommunications Act of 1984*) autorizou a venda do controle acionário da *British Telecom*, implantou um ente regulador, o Escritório de Telecomunicações (*Office of Telecommunications* — OFTEL) e favoreceu a competição entre as operadoras telefônicas. Em Portugal, a Lei nº 88, de 11 de setembro de 1989, liberalizou o acesso de agentes privados, mas sob forte regime concorrencial, submetendo-os à competência reguladora do Instituto de Comunicações de Portugal — ICP, criado pelo Decreto-Lei nº 283, de 23 de agosto de 1989.[10]

No Brasil, o monopólio favorecia as empresas que compunham o Sistema Telebrás. Mas após a venda dessas estatais, a regulação da telefonia foi conferida à Agência Nacional de Telecomunicações. A agência nasceu com a edição da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, mais conhecida como a Lei Geral de Telecomunicações — LGT, e instalada com o Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997, que regulamentou a aludida lei. Contudo, nossa pesquisa resume-se, tão-somente, ao estudo da ANATEL, visto que ela está servindo de exemplo à implantação de outros entes reguladores nacionais.

3. A Emenda Constitucional nº 08

A Emenda Constitucional nº 08, de 15 de agosto de 1995, representou um avanço às telecomunicações no Brasil. Ela alterou o art. 21, incisos XI e XII, alínea "a", da Constituição da República. No tocante às telecomunicações, a nova redação é a seguinte:

> "Art. 21. *Compete à União*:

9 CÂMARA, Jacintho de Arruda. "Telecomunicações e Globalização". *Direito Global*, p. 178 e 182.

10 GRAHAM, C.; PROSSER, Tony. " 'Rolling Back the Fontiers?' The Pivatisation of State Enterprises". *A Reader on Administrative Law*, p. 67-84. SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manoel Leitão. *Direito Económico*, p. 578-581.

(...)
XI — *explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, 'nos termos da lei', que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um 'órgão regulador' e outros aspectos institucionais*".

O novo texto desse dispositivo merece uma análise mais profunda. Primeiramente, a emenda incluiu, na oração, a elocução "*nos termos da lei*"; ou seja, a matéria foi, parcialmente, desconstitucionalizada. Sua literalidade denota o propósito de retirar a auto-executoriedade da norma constitucional, transformando o antigo inciso (de eficácia plena) em norma de eficácia contida, que dependeria de lei posterior para regulamentar a matéria.[11] Claramente, o legislador refutou o regulamento autônomo do Executivo e adotou a lei como instrumento disciplinador da telefonia.[12]

Em outras palavras, o comando constitucional propôs forma e conteúdo a serem atingidos. Remeteu à *lei*, repudiando, automaticamente, a lei complementar, lei delegada, decreto ou medida provisória. A forma seria, necessariamente, uma lei ordinária, aprovada de acordo com os trâmites do art. 61 e segs. da Carta Política. E o conteúdo abrange, indispensavelmente, a organização do serviço de telecomunicações, a criação de um órgão regulador e demais aspectos institucionais. Obviamente, o diploma legal seria construído sob a modalidade de uma lei geral e, ao mesmo tempo, estrutural, posto que, somente por esse caminho, daria eficácia plena ao preceito constitucional.[13]

O texto vai mais além. Exige, expressamente, a criação de um *órgão regulador*, afastando a ação direta do Ministério das Comunicações da regulação do serviço e até substituindo-o. Assim, a competência, para elaborar regulamentos e normas à fiel execução dos serviços, passa a ser tarefa da então futura entidade reguladora.

Sobretudo, a emenda influenciou o conteúdo democrático que perfilaria a telefonia brasileira. Decidiu que, somente ao Congresso Nacional, caberia o ônus de elaborar uma lei ordinária para disciplinar o assunto. Sendo os integrantes do Legislativo os legítimos representantes dos interesses da população, coube a esse Poder estabelecer os parâmetros da exploração de um serviço que atenda aos anseios da coletividade. De outro modo, o fundamento é excluir a possibilidade do Executivo autoregulamentar as telecomunicações. Por isso, adotou-se uma lei própria, cujos critérios não poderiam ser modificados, única e exclusivamente, pelo juízo de con-

11 A antiga redação do texto constitucional era: "Art. 21. Compete à União: XI — explorar, diretamente ou mediante concessão as empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União".

12 VIANNA, Gaspar. "A exploração dos serviços de telecomunicações na Constituição Brasileira". *Revista de Direito Administrativo*. V. 204, p. 146.

13 *Idem*, p. 147.

veniência e oportunidade do poder público central. À vista de realçar esta lógica, a Emenda nº 08 esclareceu:

> "Art. 2º. *É vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do artigo 21com a redação dada por esta emenda.*"

A inserção desta regra impeditiva no corpo da emenda é despicienda, já que, anteriormente, as Emendas nºs 06 e 07 incluíram o art. 246 na Carta Maior, o qual repete a mesma vedação.[14] Mas, sua inclusão vem apenas corroborar nosso raciocínio de que a emenda proibiu, de modo expresso, a União de exercer, diretamente, a atividade reguladora no concernente aos serviços de telecomunicações. Agora, este poder pertencerá ao órgão regulador. A letra da emenda diz menos que sua vontade. Se a finalidade da norma constitucional é impedir a Administração Direta de regular a telefonia, igualmente deduzimos que, após a promulgação da Lei Geral de Telecomunicações — LGT, ficará vedado, ao Executivo, editar medida provisória para alterar qualquer dispositivo da Lei nº 9.472. E se a Presidência da República cometer tamanha atrocidade, incorrerá em ato de flagrante inconstitucionalidade, pois estará regulando, por vias transversas, o art. 21, inciso XI, da Lei Maior e, conseqüentemente, os serviços telefônicos.

A modificação do texto constitucional e a edição da Lei nº 9.472 puseram fim ao antigo monopólio do Sistema Telebrás, já que o poder público explorava a telefonia mediante empresas estatais as quais controlavam, com exclusividade, a prestação telefônica. A emenda autorizou a flexibilização das telecomunicações brasileiras, permitindo o acesso da iniciativa privada ao fornecimento desse serviço essencial.

Vale frisar que, mesmo com a extinção do monopólio, a titularidade deste serviço ainda pertence à União. Seu direito de explorar, diretamente, a telefonia foi mantido. Porém, admitiu-se, ao capital privado, a execução indireta através de concessão, permissão e autorização, somada a uma competitividade entre as empresas, cuja fiscalização seria atribuída a um *órgão regulador*: a ANATEL.

Caso a entidade federativa tiver interesse, poderá constituir empresas públicas ou sociedades de economia mista, mas que, necessariamente, serão criadas por lei específica e, obrigatoriamente, deverão concorrer em igualdade de condições com os entes privados, respeitando-se o sistema de outorga previsto na lei de telecomunicações e submetendo-se às regras impostas pela agência reguladora e por aquele instrumento normativo aprovado pelo legislador. Se escolher esta opção, a União executará, indiretamente, a telefonia pública.

Há outra problemática: a vigência da Lei Geral de Telecomunicações impede que a União exerça, diretamente, a prestação da telefonia brasileira prevista no art. 21, X, CF. É que após a edição da LGT, somente por via indireta (concessão, permissão e autorização) poderá ser executado esse serviço de interesse coletivo. A

14 "Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995."

princípio parece haver uma inconstitucionalidade aparente, levando o intérprete a pensar que uma lei infraconstitucional se sobreponha a um dispositivo constitucional, submetendo a Carta Maior à vontade da legislação ordinária. Todavia, tal silogismo não merece prosperar. Isso porque a União não pode, baseado em seu livre-arbítrio, desrespeitar a lei e a autoridade do órgão regulador, instaurando um regime de prestação direta, posto que estaria legislando através de regulamento autônomo e inconstitucional.

A União não detém competência discricionária para extinguir a prestação indireta e se tornar o executor material do serviço. Só a confecção de outra lei federal, aprovada nos trâmites do art. 61, CF, poderá extinguir o sistema de outorga da Lei nº 9.472, destituindo a agência e fornecendo competência discricionária para que a pessoa política possa ofertar, diretamente, o serviço de telecomunicações. Nesse único e exclusivo caso, a Administração Central terá plenos poderes para regulamentar, de forma desconcentrada, a prestação telefônica.

4. Natureza jurídica e regime

Conceituar a natureza jurídica de um instituto é uma tarefa bastante complexa. Pesquisar a natureza significa investigar a sua essência. Seu estudo situa-se dentro dos quadros da dogmática do Direito. De acordo com José de Oliveira Ascensão: "a natureza jurídica busca-se mediante a comparação com os institutos jurídicos conhecidos. A determinação da natureza jurídica passa então a ser a identificação de uma grande categoria jurídica em que se enquadre o instituto em análise". As idéias de *identidade* e *categoria jurídica* resumem bem esta noção. É mais importante até do que a analisar sua designação. A fixação da natureza jurídica de um instituto far-se-á por meio da determinação de seus efeitos e precisa exprimir, indispensavelmente, as implicações de um regime positivamente estabelecido.[15]

Essa preocupação com o estudo da natureza jurídica das agências reguladoras advém principalmente dos países europeus. Explica-se pelo fato dessas nações terem seguido o modelo francês de Administração Pública, e, recentemente, passaram por reformas estatais que incluíram os entes reguladores autônomos em suas organizações administrativas. A doutrina européia chama a atenção para a diversidade de enquadramento jurídico e a variedade de nomenclaturas que as autoridades reguladoras vêm recebendo nos diversos países onde estão sendo implantadas, além de dar relevo à dificuldade em compatibilizá-las com a estrutura administrativa tradicional, já arraigada nos ordenamentos jurídicos dos Estados europeus.

Na Itália, são designadas de instituto, comissão, autoridade ou agência (*Instituto, commissione, autorità, agenzia*), variando a terminologia de acordo com a lei que a origina. *Exempli Gratia*, temos a Autoridade Garantidora da Concorrência e do Mercado (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*), criada pela Lei nº

15 ASCENSÃO, José de Oliveira. "Natureza Jurídica". *Enciclopédia Saraiva de Direito*. V. 54, p. 96.

287, de 10 de outubro de 1990, o Garantidor do Serviço de Radiodifusão (*Garante Radiodiffusine Editoria*), instituída pela Lei nº 223, de 06 de agosto de 1990, e muitos outros organismos.[16]

Na França, são conhecidas como autoridades independentes, comissões e agências (*autoritès indépendetes, commission, agence*). A primeira entidade foi disciplinada pela Lei nº 78-17, de 06 de janeiro de 1978, sob o nome de Comissão Nacional da Informática e das Liberdades (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*). Desde então, implantaram-se dezenas de agências, dentre as quais podemos citar a Agência Central dos Organismos de Intervenção no Setor Agrícola (*Agence Centrale des Organismes d'Intervention dans le Secteur Agricole*), de 1983, a Agência Francesa do Sangue (*Agence Française du sang*), de 1992, e a Agência do Meio Ambiente e das Fontes de Energia (*Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie*).[17]

Já, em Portugal, intitulam-se Autoridades Administrativas Independentes — AAI. Segundo a doutrina lusitana, elas se configuram como "organismos com funções administrativas especializadas e com independência orgânica e funcional — ou seja, não submetidos ao controlo hierárquico, nem à tutela de outro órgão administrativo, ou governamental. As suas funções não são meramente consultivas ou de persuasão porque *detêm poderes de decisão*, sejam eles de fiscalização e sancionatórios, sejam de regulação (incluindo poderes normativos, ainda que especialmente limitados)".[18]

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

16 CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. "A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. Breve visão comparada". *Revista da AJUFE*. 16º Encontro Nacional dos Juízes Federais, p. 169-172. Esse artigo é a mais completa referência nacional, até então publicada, sobre entidades reguladoras no direito comparado, trazendo uma compreensão global das agências nos principais ordenamentos jurídicos ocidentais.

17 *Idem, Ibidem.*

18 SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manoel Leitão. *Op. Cit.*, p. 144.

No serviço de telecomunicações, a legislação pátria encampou os mesmos critérios apontados supra. A entidade reguladora foi constituída sob o regime de autarquia especial. A lei utiliza o termo *Agência* para designar a ANATEL, embora essa não seja a qualidade definidora. Contudo, suas atribuições são a de uma perfeita agência. Nesse aspecto, a Lei 9.472 é muito clara:

> "Art. 8°. *Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.*
> (...)
> § 2°. *A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.*"

E ratifica a independência da agência, dessa vez empregando a nomenclatura européia:

> "Art. 9°. *A agência atuará como 'autoridade administrativa independente', assegurando-se-lhe, nos termos da Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.*"

A *independência administrativa* da Agência Nacional de Telecomunicações assegura uma verdadeira autonomia de sua função regulamentar e de polícia administrativa em relação aos serviços telefônicos. Pode o ente regulador expedir normas, prescindindo de autorização da Administração Direta, tornando sua atividade menos burocrática e agilizando as necessidades indicadas pelo serviço. Dentre os principais caracteres, encontramos o poder-dever de controlar os contratos de concessão e permissão, a fiscalização da qualidade dos serviços de telecomunicações, o acompanhamento do desempenho das empresas concessionárias, o poder de impor sanções aos entes privados da área, reprimindo suas condutas abusivas, regular tarifas e até solucionar conflitos entre os agentes envolvidos na prestação desse serviço público (Lei n° 9.472, art. 19).

Outrossim, a *ausência de subordinação hierárquica* garante à entidade reguladora a inexistência do famigerado *Controle Tutelar Oblíquo*, o qual comentaremos mais adiante. Fica proibido ao Executivo central interferir no funcionamento dessa autoridade administrativa, impedindo-o de rever ou modificar seus atos decisórios, ou de reger as determinações técnicas emanadas pela agência. Inclusive, detém competência para dirimir conflitos entre as empresas prestadoras e entre estas e os usuários. E essas são atribuições exclusivas e indelegáveis, afastando a influência política do Ministério das Comunicações. Os atos técnico-decisionais da agência são, predominantemente, transparentes e imparciais.

O *mandato fixo e a estabilidade de seus dirigentes* realçam, ainda mais, sua autonomia funcional. Os membros do Conselho Consultivo e do Conselho Diretor

têm, respectivamente, mandatos (não renováveis) de três e cinco anos, e uma vez investidos em seus cargos, não poderão ser exonerados *ad nutum*.[19] A Lei Geral garante que os representantes do Conselho Diretor somente perderão seus mandatos por renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar, instaurado pelo Ministro das Comunicações. Devem submeter-se a um regime de exclusividade da função, sendo-lhes vedado o exercício profissional, empresarial, político-partidário. Após o término do mandato, passarão por um período de incompatibilidade, impedidos até de representarem qualquer pessoa ou interesse perante a ANATEL pelo prazo de um ano. Também, os integrantes do Conselho Consultivo, embora não remunerados, só serão destituídos por faltas cometidas no desempenho de suas funções, apuradas através de processo administrativo (Decreto nº 2.338, art. 40). As garantias dos dirigentes do órgão regulador conferem-lhe uma imprescindível intangibilidade política, permitindo-lhes resistir às pressões do Executivo central. Os gestores da agência auferiram independência na realização de suas funções.[20]

Por último, a agência de telecomunicações usufrui de *autonomia financeira* para exercer, adequadamente, suas prerrogativas. Inicialmente, a Lei Geral de Telecomunicações, autorizou o Poder Executivo "a realizar despesas e os investimento necessários à instalação da Agência, podendo remanejar, transferir ou utilizar saldos orçamentários, empregando como recursos dotações destinadas a atividades finalísticas e administrativas do Ministério das Comunicações", incluindo o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações — FISTEL (art. 16, *caput*). Depois de implantada, sua receita provirá da taxa de fiscalização, instalação e funcionamento que será paga pelas empresas outorgadas. Calcular-se-á uma quantia fixa e certa, cujo pagamento deverá respeitar os limites discricionários estipulados pela entidade independente na forma do art. 48, § 1º. O produto arrecadado com essa taxa de regulação será revertido ao Fundo (FISTEL). Assim, os recursos do ente regulador virão diretamente da arrecadação do FISTEL, sem passar pelas mãos do Poder Executivo. A grande vantagem é que a ANATEL obteve independência orçamentária, isentando-se de possíveis ingerências financeiras do poder central, já que lhe competirá o gerenciamento do aludido fundo. Suas despesas e receitas sofrerão inclusão na Lei de Orçamento Anual, visando meramente a proteger o equilíbrio financeiro-orçamentário dos recursos geridos (art. 49) e respeitando o § 5º do art. 165, da CF. Estas são as únicas restrições, que, aliás, são impostas à toda a Administração Pública Direta ou Indireta e aos três poderes da União.

19 De acordo com o arts. 25 e 36, § 1º, da Lei nº 9.472, os mandatos dos primeiros membros do Conselho Diretor variarão de três a sete anos; enquanto os do Conselho Consultivo, de um a três anos. Findo estes, suas durações serão de cinco e três anos, consoante os arts. 24 e 36, *caput*, da Lei Geral.

20 Cf. SOUTO, Marco Juruena Villela. "Agências Reguladoras". *Revista de Direito Administrativo*. V. 216, p. 162. Villela Souto defende a tese de que os dirigentes das agências reguladoras são verdadeiros agentes políticos. Contudo, refutamos tal ponto-de-vista, porque a doutrina tradicional compreende que agente político é função reservada aos titulares de cargos com atribuições constitucionais, já que os gestores não possuem esse *status*.

Apesar da Emenda Constitucional nº 08 empregar o termo *órgão* em seu novo texto, a intenção do legislador fora a de criar um organismo independente e autônomo em relação ao Executivo central, com o fulcro de *regular*, especificamente, os serviços de telecomunicações. A acepção de *órgão* reporta a uma mera distribuição interna de plexos de competência que compõem os quadros da Administração Direta. Em suma, órgão não poderia ser, já que a União atuaria de modo direto (embora de forma desconcentrada) sobre a fiscalização da telefonia brasileira. E a Carta Magna proibiu o Executivo de regular diretamente o serviço, depois da vigência da LGT. Se o legislador optasse por esse regime jurídico, o serviço continuaria, hierarquicamente, subordinado à Administração Pública Direta, incorrendo a lei em flagrante inconstitucionalidade.

Posteriormente, a Lei Geral de Telecomunicações preceituou que o ente regulador seria uma *autarquia especial*, dirimindo qualquer obscuridade a respeito. Optou-se pela via da descentralização administrativa, enquadrando-a como Pessoa Jurídica de Direito Público, desvinculada do poder interno da União, pertencente aos quadros da Administração Pública Indireta. E a entidade autárquica já é uma figura jurídica tradicionalíssima em nosso país e no mundo, estudada há muito tempo pelos tratadistas clássicos.

Sua origem etimológica provém do grego. A palavra autarquia é formada pela justaposição do prefixo *autós* (próprio) e *arquia* (comando ou governo) que, ao pé da letra, significa comando próprio ou autogoverno.[21] Por isso, visando definir com exatidão o conceito de autarquia, mencionaremos a seguir os ensinamentos dos antigos mestres italianos.

De acordo com Santi Romano, a autoridade autárquica seria o próprio Estado, agindo como colaborador, mas sempre provido de aptidão ou capacidade especifica. E define: "autarquia é uma forma específica da capacidade de direito público, peculiar aos sujeitos auxiliares do Estado, que exercem funções públicas por interesse próprio, que seja igualmente público, e não daqueles que exercem funções públicas na qualidade de particulares com ou sem interesse próprio. (...) é a capacidade de governar por si os próprios interesses, embora estes se refiram também ao Estado".[22]

Para Guido Zanobini: "Para que tais pessoas jurídicas possam agir, na consecução de seus fins, com a mesma eficácia e com os mesmos resultados que obtém o Estado, o direito atribui à atividade das mais importantes daquelas entidades o caráter da administração pública no sentido objetivo: ou seja, confere aos seus atos aquela força e aquela eficácia no resguardo dos cidadãos e daquelas garantias com respeito ao poder judiciário, que são características precípuas dos atos administrativos. Esta capacidade especial, própria de alguns entes públicos, de desenvolverem, em nome próprio, uma atividade que tenha as mesmas características e os mesmos efeitos da atividade administrativa do Estado, recebe o nome de *autarquia*. Como

21 CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*, p. 68.

22 ROMANO, Santi. *Corso di diritto amministrativo: principii generali*. 3ª ed. Padova: CEDAM/Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937, p. 84. *In*: CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. Cit.*, p. 70.

dissemos, anteriormente, nem todos os entes públicos, a não ser aqueles entes que assumem fins coincidentes com alguns fins do Estado, são investidos de tal capacidade. A autarquia detém os meios dos quais o ente público se serve para atingir os seus fins."[23]

No Direito brasileiro, sua compreensão era plúrima e um pouco difusa, até que a edição do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, trouxe um norte aos nossos administrativistas. E conceitua:

> "Art. 5º. *Para os fins desta lei, considera-se*:
> I — *autarquia, o serviço autônomo, criado em lei com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.*"

Em nosso ordenamento jurídico, quando nos reportamos à autarquia, queremos expressar que esta tem personalidade jurídica de Direito Público distinta da Administração Direta; é titular de um interesse público específico, voltada à realização de uma determinada função administrativa; possui liberdade discricionária prescrita em lei especial, com autonomia administrativa relativa, munida de recursos e bens próprios. Seu requisito de ordem formal é ser criada por uma lei ordinária. E se só por lei específica pode ser criada, só por lei pode ser extinta.

Por outro lado, as autarquias brasileiras sempre estiveram sujeitas ao controle ou tutela administrativa, também conhecido como supervisão ministerial ou controle tutelar. O fundamento maior dessa tutela administrativa residia no *jus imperii* do Estado, já que se não houvesse o controle, correr-se-ia o risco de criar um Estado dentro do Estado. Sinteticamente, o controle administrativo consiste "essencialmente nas fiscalizações que se exercem sobre uma pessoa administrativa descentralizada".[24] Seu propósito é garantir a estrita consecução do *interesse público* previsto na atividade desempenhada pelo ente descentralizado, bem como assegurar que seu funcio-

23 Tradução livre. "Affinchè tali persone giuridiche possano agire, nel conseguimento dei loro fini, con la stessa efficacia e con gli stessi risultati che otterebbe lo Stato, il diritto attribuisce alla attività dei più importanti di tali enti il carattere della pubblica amministrazione in senso oggetivo: ossia, circonda i loro atti di quella forza ed efficacia nei riguardi dei cittadini e di quelle garanzie rispetto al potere giudiziario, che sono caratteri precipui degli ati amministrative. Questa speciale capacità, propria di alcuni enti pubblici, di spiegare in nome proprio un'attività che há gli stessi caratteri e gli stessi effetti dell'attività amministrativa dello Stato, è nota sotto il nome di *autarchia*. Come già dicemo non tutti gli enti pubblici, ciò quegli enti che si propongono fini coincidenti con alcuni fini dello Stato, sono investiti di tale capacità. L'autarchia riguarda i mezzi di cui l'ente pubblico si serve per raggiungere i suoi fini.'' ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. V. 3, p. 117 e 118. Aqui Zanobini encampou a mesma definição de Santi Romano.

24 Tradução livre. Waline também aceita que, excepcionalmente, este conjunto de fiscalizações também pode incidir sobra uma pessoa de direito privado. "(...) l'expression de contrôle administratif, peut être défine comme l'ensemble des contrôles qui s'exercent soit sur une personne administrative décentralisée, soit même, exceptionnellement, sur une persone de droit privé". WALINE, Marcel. *Droit administratif*, p. 423.

namento não seja contrário aos fins e preceitos delineados por Lei, respeitando assim o *princípio da legalidade*.[25] O controle ministerial zelaria pela eficiência administrativa da autoridade autárquica. Consoante o Decreto-lei nº 200:

> "Art. 26. *No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente*:
> I — *a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade*;
> II — *a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade*;
> III — *a eficiência administrativa, operacional e financeira da entidade*"

A autonomia legal, tão apregoada em teoria, era bem limitada na prática. Os atos de tutela ministerial vislumbravam-se através da escolha dos dirigentes da autarquia e o contínuo envio de relatórios e boletins de suas realizações. Muitas vezes, essa fiscalização atingia o próprio mérito dos atos administrativos emanados por esta pessoa jurídica de Direito Público, abrindo espaço para que a Administração Direta supervisionasse o ângulo de conveniência e oportunidade escolhido. Outra modalidade de tutela realizava-se mediante o malfadado recurso hierárquico impróprio ou recurso administrativo impróprio. Tal instrumento de controle estava, geralmente, previsto na lei especial que instituía o ente autárquico e remetia à autoridade superior do respectivo ministério para conhecer do recurso contra seus atos administrativos.[26]

A referida atividade de fiscalização do Executivo diluía muito a idílica autonomia autárquica preconizada por Santi Romano. Na realidade, apesar de não haver, formalmente, hierarquia entre a Administração Direta e a autarquia, o controle tutelar servia de válvula de escape para o exercício dissimulado do poder hierárquico do executivo. Esta vinculação tornava a entidade autárquica sempre dependente de uma ordem superior da Administração Direta ao executar seu serviço, embaraçando sua competência e engessando o desempenho da atividade prestada. Daí, designaremos essa "supervisão" de *Tutela Administrativa Obtusa* ou *Controle Tutelar Oblíquo*. Tal expressão denota a prática de um poder hierárquico disfarçado de tutela administrativa nos atos das antigas autarquias.

No caso da Agência Nacional de Telecomunicações, a Lei nº 9.472 deixou perfeitamente explícito que a Administração Central não poderia aplicar a Tutela Administrativa Obtusa nos atos da agência. Primeiramente, a norma instituidora da autoridade independente prescreveu que seus dirigentes teriam garantia de um mandato fixo, exercendo sua função com dedicação exclusiva e apenas por um determinado lapso temporal, e estabilidade legal, impossibilitados de sofrerem dispensa imotivada. Só podem ser exonerados nas hipóteses previstas em lei, após regular processo administrativo disciplinar (arts. 20 a 37). Na antiga configuração das

25 ZANOBINI, Guido. *Op. Cit.*, p. 188.

26 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 133-134. CRETELLA JÚNIOR. *Tratado de Direito Administrativo*. V. 7, p. 179 e 192.

tradicionais autarquias, geralmente seus dirigentes não usufruíam de estabilidade e eram passíveis de sofrer livre exoneração por parte do Chefe do Executivo ou pelo Ministro correspondente.

Ademais, a Lei Geral de Telecomunicações refutou, de uma vez por todas, a aplicabilidade do famigerado recurso hierárquico impróprio sobre seus atos decisórios. Consignou que cabe à ANATEL "decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada", acrescentando que sempre será admitido recurso ao Conselho Diretor, o qual é órgão da agência" (art. 19, inciso XXV). Com o fulcro de assinalar ainda mais essa *independência administrativa* do ente regulador, a lei assegurou-lhe um plus: a *ausência de subordinação hierárquica*. Ao dispor sobre estes caracteres, a lei de telecomunicações quis retirar a tutela administrativa transfigurada de poder hierárquico (que intitulamos de Controle Tutelar Oblíquo), do âmbito de atuação da entidade reguladora. Portanto, além de possuir a autonomia legal, conforme as disposições de sua legislação, também lhe fora atribuída uma independência real no relacionamento entre governo, agência, empresas reguladas e usuários do serviço telefônico.

Porém, apesar da lei prever ausência de subordinação hierárquica, ainda, assim, há a prática de controle administrativo da Administração Central sobre uma parte de sua atividade. O art. 18 excepciona que é facultado ao Poder Executivo, por meio de decreto, instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço em regime público ou no regime privado; aprovar o plano geral de outorgas do serviço no regime público; aprovar o plano geral de metas de universalização do regime público; autorizar a participação de empresa nacional em organizações ou consórcios governamentais; e autorizar a participação estrangeira no capital de empresa telefônica. Do mesmo modo, a lei prenuncia que o Ministro de Estado e das Comunicações poderá instaurar processo objetivo disciplinar na apuração de possíveis ilícitos administrativos cometidos pelos dirigentes do Conselho Diretor e pelos membros do Conselho Consultivo.

Essa reserva de tutela administrativa não se iguala ao maledicente Controle Tutelar Oblíquo. Diz respeito, apenas, ao disposto nesse dispositivo, uma vez que obriga o Executivo a respeitar o *princípio da ausência de subordinação hierárquica* descrito na lei. Portanto, a Lei proibiu o exercício da Tutela Administrativa Obtusa (tutela administrativa dissimulada de poder hierárquico), o qual ainda é vislumbrado nas seculares autarquias, que não se incluem no paradigma de Agência Reguladora. Da mesma forma, a inexistência de hierarquia não implica em autonomia total ou absoluta da agência. Esta se encontra condicionada aos princípios da Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição da República, aos princípios da Lei de Telecomunicações (art. 38) e aos limites desse diploma legal.

Interessante observar que a Lei designa a ANATEL de *autarquia especial*. A doutrina já discutiu muito acerca das diferenças entre autarquias de regime especial e as de regime comum. Pesquisando o assunto, o grande Hely Lopes Meirelles pôs fim a discussão: "Algumas leis referem-se a *autarquias de regime especial*, sem definir seu conteúdo. Diante dessa imprecisão conceitual, é de se dizer que *autarquia de regime especial* é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias de regime

comum (...) O que posiciona a autarquia como de *regime especial* são as regalias que a lei criadora lhe confere para o pleno desempenho de suas finalidades especiais, observadas as restrições constitucionais."[27]

O publicista cita exemplos de autarquias em regime especial, como o Banco Central do Brasil, implantado pela Lei nº 4.595/64, a Comissão Nacional de Energia Nuclear (Lei 4.118/62) e as universidades públicas. Por conseguinte, ao constituir-se em autarquia sob regime especial, a Lei nº 9.472 atendeu ao princípio da especialidade, assegurando-lhe um grau mais intenso de operacionalidade. Assim, a agência detém competência para, especificamente, regular os serviços de telecomunicações, dando cumprimento ao disposto na Constituição Federal e velando pela boa qualidade da telefonia brasileira.

No entanto, importantes nomes da doutrina nacional têm se mostrado relutantes em aceitar esta nova figura administrativa dentro de nosso ordenamento jurídico. Dentre esses, incluímos o posicionamento do ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello. O consagrado jurista salienta que a locução "agência reguladora", apesar de ser recente, serve apenas para designar o antigo modelo autárquico já arraigado em nosso sistema administrativo. Segundo ele, sempre houve, entre nós, autarquias sob regime especial, com a função de regular e fiscalizar matérias relativas a suas respectivas esferas de atuação, a exemplo do extinto Departamento Nacional de Águas e Energia — DNAEE.[28] E sentencia: " 'independência administrativa', 'ausência de subordinação hierárquica' e 'autonomia financeira' são elementos intrínsecos a toda e qualquer autarquia, nada acrescentando ao que lhes é inerente".[29] Completa seu pensamento, defendendo que os mandatos longos dos primeiros gestores não podem ultrapassar o período governamental em que foram nomeados, sob pena de inibir as diretrizes do governo eleito e de fraudar a democracia republicana.

Em que pese o respeitável parecer desse estudioso, consoante o exposto acima, a independência administrativa e ausência de subordinação hierárquica subsistiam, única e exclusivamente, sob um ponto de vista lógico-formal, mas não material. Isso por que o Executivo poderia exonerar *ad nutum* os diretores das autarquias, servir-se do recurso administrativo impróprio, com a intenção de rever o mérito dos atos administrativos expedidos, praticando, afinal, o incestuoso poder hierárquico, sob o rótulo de "controle administrativo", minando sua liberdade discricionária e autonomia funcional.

Por outro lado, curvamo-nos ao argumento de que os mandatos dos dirigentes não devem prolongar-se além do período de gestão do governo em exercício, pois impossibilitaria o governante eleito de promover a mudança na orientação política da nação, haja vista que os dirigentes continuariam seguindo as diretrizes do governo precedente. Além do mais, infringe a Constituição, posto que impede o Presidente eleito de dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração federal e,

27 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 305.

28 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 131, 201 e 202.

29 *Idem*, p. 140.

principalmente, retira-lhe a competência para nomear os agentes públicos que compõem a superestrutura administrativa (CF, art. 84, VI e XIV).[30]

Toda esta polêmica originou-se do art. 8°, § 2°, da Lei Geral, enunciando que a entidade reguladora teria a "*natureza de autarquia especial*". Todavia, a lei aqui não definiu sua natureza jurídica, preceituando, tão-somente, que a entidade reguladora adotaria o regime jurídico de autarquia, alcançando uma personalidade jurídica independente da União. Confrontando o § 2° com o seu *caput*, o mesmo artigo esclarece que a ANATEL ficará "*submetida a regime autárquico especial*". Vale salientar que os doutrinadores costumam confundir natureza jurídica com personalidade jurídica ou regime jurídico. São institutos diferentes.

Conforme expomos no início do presente capítulo, definir a natureza de um instituto jurídico é buscar a sua essência, é investigar suas qualidades. Essa identificação passa a ser grande categoria em que se enquadra o objeto analisado, devendo o hermeneuta observar as implicações do direito positivo e compará-lo com os demais institutos jurídicos.

O cerne da questão reside, principalmente, em se conceituar o significado de agência reguladora à luz do Direito pátrio. Ora, a semântica de um nome, isto é, o seu signo deve ter relação direta com o objeto designado. Na ciência jurídica, cada vocábulo empregado deve exprimir um significado, cujo escopo é chegar a um conceito delimitado. E as definições do Direito não pretendem alcançar o real; elas prescrevem o real.[31] No caso da legislação que criou a ANATEL, há exaustivo emprego da expressão agência em vários dispositivos, onde verificamos que o termo é utilizada com exata precisão. A respeito do tema, Egon Bockmann Moreira disserta: "Destaque-se que neste momento histórico, a definição de um ente público como agência não envolve pura questão de nomenclatura, mas definição do tipo jurídico e (ou) título competencial detido pelo órgão administrativo. Não se trata de dúvida limitada ao *nomen juris* da entidade, mas à possibilidade de qualificação de sua ação, limites e conteúdo."[32]

A classificação da ANATEL, como autoridade administrativa independente, representa a construção de uma nova tipificação dentro do ordenamento jurídico nacional. Então, ao identificarmos seus caracteres basilares, estaremos, automaticamente, encontrando sua essência, ou melhor, sua natureza. O que nos autoriza enquadrá-la como agência reguladora consiste, justamente, na pormenorização de suas qualidades intrínsecas: *independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo de seus dirigentes e autonomia financeira*, as quais compõem o imperativo categórico de toda e qualquer agência. Se esses são os traços característicos que classificam o órgão regulador de telecomunicações, ousamos

30 Cf. GELLHORN, Ernest; LEVIN, Ronald M. *Administrative Law and Process in a nutshel*, p. 38.

31 DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. "Análise crítica das definições e classificações jurídicas como instrumento para compreensão do Direito". *Direito Global*, p. 292 e 300.

32 MOREIRA, Egon Bockmann. "Agências Administrativas, poder regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional". *Revista de Direito Administrativo*. V. 218, p. 97.

dizer que a ANATEL possui natureza jurídica de agência reguladora, na verdadeira acepção da palavra.

Sob a óptica do sistema normativo nacional, podemos denominar de agência reguladora o organismo da Administração Pública munido de independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo de seus dirigentes e autonomia financeira, o qual desempenhe uma atividade regulamentar, detenha poder para dirimir conflitos de interesses no âmbito de sua competência e exerça uma vigorosa polícia administrativa sobre um serviço público específico, no estrito cumprimento da lei instituidora. Nada impede que, futuramente, o Estado venha constituir uma autoridade independente, voltada para atividades exclusivamente privadas, mesmo por que o conceito de serviço público evolui no tempo e espaço. No Brasil, o regime jurídico escolhido foi o das autarquias especiais, por serem estas pessoas de Direito Público as que mais se coadunam com o paradigma de descentralização administrativa pretendido pela reforma estatal. Apesar disso, tais autoridades reguladoras poderiam ser até Órgãos da Administração Direta, desde que qualificados com os elementos aglutinadores já elencados. Citemos, como exemplo, a França, onde há uma forte tendência em se criar tais entes despossuídos de personalidade jurídica, os quais seguem o regime de Órgãos Especiais, mas que detêm os mesmos traços característicos das agências administrativas independentes.[33]

Essa nova figura de Direito Público transcende a compreensão clássica e tradicional de autarquia, tendo em vista que o novo modelo é pautado sob uma autonomia real e uma substancial independência em relação ao Poder Executivo. O nosso regime administrativo vem sofrendo constantes modificações, e, igualmente, estamos observando a mutação dessa natureza jurídica, à medida em que houve a ampliação do título competencial, transpondo as limitações das seculares entidades autárquicas.[34] Com efeito, concluímos que deveremos examinar, detidamente, a experiência da União Européia de implementação dos entes reguladores, posto que seus países optaram pelo molde francês de organização administrativa e já sofreram as mesmas dificuldades, que agora encontramos, para se adequarem ao recém criado parâmetro de agência reguladora.

5. A ANATEL e os serviços de radiodifusão

Nossa Carta Maior fez a distinção entre as telecomunicações e os serviços de radiodifusão, tratando de ambos em incisos diferentes. A Emenda Constitucional nº 08, que deu nova redação ao art. 21 da Carta Política, estabeleceu, com exatidão, a fronteira entre essas duas atividades estatais. *In verbis*:

> "Art. 21. *Compete à União*:

33 MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 51. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Op. Cit.*, p. 169 e 170, nota 29.

34 MOREIRA, Egon Bockmann. *Op. Cit.*, p. 98.

(...)
XII — *explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão*:
a) *os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens*;"

O antigo texto da Constituição era confuso e incluía, na mesma alínea, os serviços de telecomunicações residuais, os quais não estavam abarcados pelo inciso XI do mesmo artigo.[35] Entretanto, mesmo com a nova prescrição legal, percebemos que o comando constitucional não instituiu norma visando à implementação de um órgão regulador. Então, a garantia conferida pela analisada emenda, ao afastar a Administração Central da regulação telefônica, mediante uma entidade independente, não alcançou os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Essa lógica traz algumas implicações de ordem prática. De antemão, ela não resguardou a política de transmissão de televisão e rádio de independência reguladora, a exemplo das telecomunicações, cujo dispositivo ordenou que o Congresso Nacional elaborasse uma futura lei, assegurando, inclusive, a existência de uma entidade autônoma. Logo, sua matéria será regulamentada, normalmente, pela legislação infraconstitucional. Como seu texto não fez qualquer restrição, fora-lhe permitido continuar com a mesma regulamentação legal, anterior à Carta Magna, caso o legislador não venha aprovar uma nova lei ordinária para disciplinar o assunto. Esse ponto torna-se relevante em virtude da Lei Geral de Telecomunicações modificar uma parte desse microssistema. E elucida:

> "Art. 211. *A outorga de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica.*
> Parágrafo Único. *Caberá à Agência a fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das respectivas estações.*"

Ou seja, a função fiscalizadora da ANATEL não se restringe somente à atividade de telefonia; vai além, englobando também o serviços de radiodifusão. Contudo, a competência da agência estará diretamente condicionada aos mandamentos de uma outra legislação, que se dissocia, em grande parte, do regime da Lei nº 9.472. Diante disso, indagamos qual seria essa disciplina legal. Tal dúvida é despicienda, posto que a própria Lei Geral responde à perquirição:

> "Art. 215. *Ficam revogados*:

35 A antiga redação do inciso era: "Art. 21. Compete à União: XII — explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços sonoros de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;"

I — a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, 'salvo' quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e 'quanto aos preceitos relativos à radiodifusão';"

Em decorrência desse comando legal, entendemos que o art. 34, § 1º, da Lei nº 4.117, encontra-se, plenamente, em vigor, aplicando-se esse dispositivo aos serviços de radiodifusão. O dispositivo prescreve que "*a outorga da concessão ou da autorização é prerrogativa do Presidente da República*". Por conseguinte, a competência reguladora quanto à outorga de rádios e televisões tornou-se, senão inexistente, extremamente diminuta.

O Decreto nº 2.338 acrescentou que cabe à agência expedir licenças para instalação e funcionamento das estações transmissoras de radiocomunicação, incluindo as de radiodifusão sonora e de sons e imagens e serviços correlatos, a fim de que proceda uma fiscalização permanente sobre tais atividades. Além disso, o decreto estabelece que nas hipóteses de ocorrência de infrações constatadas durante a tarefa de policiamento das estações de rádio e televisão serão informadas, imediatamente, ao Ministério das Comunicações. A entidade reguladora também deverá encaminhar os respectivos autos, os quais narrarão desde uma mera constatação de infrações ou de notificação da estação, até a aplicação de uma medida constritiva, como a lacração da estação ou a apreensão de seus materiais (Decreto nº 2.338, art. 16, XIII e XIV).

Nas matérias relativas à radiodifusão, percebemos que a Agência Nacional de Telecomunicações age com independência apenas na elaboração e manutenção dos planos de distribuição de canais e na observação dos aspectos tecnológicos desse serviço, porque o processo de outorga (concessão, autorização ou permissão) continuará sob o âmbito de competência do Poder Executivo, regido pela Lei nº 4.117, o qual não prevê qualquer critério objetivo na escolha do concessionário, deixando uma margem puramente subjetiva, que, muitas vezes, transcende o juízo de conveniência e oportunidade, resultando numa desregrada troca de favores entre o governo e seus apadrinhados políticos.

Outrossim, a agência obriga-se a noticiar ao Ministério das Comunicações, os atos de fiscalização sobre o funcionamento das estações de rádio e televisão, acompanhados dos respectivos autos. Isso representa um caso típico de Controle Tutelar Oblíquo. Essa prática permite o Executivo reexaminar o mérito dos atos sancionatórios da ANATEL, condicionando a eficácia de sua polícia administrativa à manifestação *a posteriori* da Administração Central. *Exempli gratia*, se o órgão regulador impuser uma sanção a uma determinada radiodifusora, esse ato administrativo poderá ser caçado pelas autoridades superiores do Ministério. Assim, inexiste independência reguladora no policiamento das Estações de Rádio e Televisão.

Fica patente a existência de um forte controle tutelar sobre os atos dessa autarquia especial. Com efeito, deduzimos que a agência não dispõe de autonomia e independência no exercício de sua atividade regulamentar. E indagamos até se a ANATEL pode ou não ser classificada como agência reguladora. Já salientamos no capítulo anterior que a tipificação de uma entidade como agência reguladora consiste, precipuamente, na observação de algumas qualidades essenciais em sua composição, como independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica dentre outras. Esses caracteres conferem, ao organismo, uma sólida autonomia com vista

à regulamentação e ao policiamento sobre um serviço público específico, munindo-o de autonomia administrativa para solucionar conflitos de interesses e tomar decisões, a fim de que a agência possa resistir às pressões políticas do Executivo.

Verificamos que esses traços convergentes não foram atribuídos à ANATEL no supervisionamento dos serviços de radiodifusão. Aliás, podemos dizer até que a agência é quase despossuída de atividade reguladora no que tange à radiodifusão; na realidade é a Administração Direta quem a exerce. Assim, inferimos que ela não se coaduna com o modelo de Autoridade Administrativa Independente, autorizando-nos a concluir que a entidade administrativa não é agência reguladora quanto aos serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens. Essa agência administrativa assemelha-se muito mais à nossa clássica autarquia e à figura britânica das *Next Steps Agencies* ou *Executive Agencies.*

No paradigma do Reino Unido, os dirigentes das *Next Steps Agencies* podem ser destituídos, sumariamente, pelo Chefe do Executivo. Atuam em setores de implementação de política pública, como previdência social, segurança pública e proteção ambiental, executando, diretamente, um serviço de sua competência ou exercendo um forte papel de fiscalização sobre um setor público. Todas têm uma qualidade em comum: a ausência de poderes normativos. Esse traço característico lhes retira sua independência, obrigando-as a agirem de acordo com as diretrizes instituídas pelo Poder Executivo.

Sob a óptica do ordenamento jurídico brasileiro, a caracterização de Agência Executiva será atribuída por ato formal do Presidente da República. Discorrendo sobre o assunto, Caio Tácito ressalta que a Reforma Administrativa escolheu um modelo próprio, provido de características bem peculiares, não se submetendo a qualquer figura paradigmática internacional. E com seu pensamento apurado, complementa: "As agências executivas representam, como assinalado, um processo interno de desconcentração administrativa. Assumem, em nível de autonomia, a gestão de serviços públicos específicos que conservam a natureza estatal."[36]

Em outras palavras, elas executariam tarefas estatais as quais, em princípio, caberiam aos órgãos internos da Administração Direta. Os arts. 51 e 51, da Lei nº 9.428, de 27 de maio de 1998, preconizam que a qualificação de Agência Executiva será dada a autarquias e fundações que tenham cumprido certos pressupostos. Em primeiro lugar, a instituição deverá ter um plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento, o qual conterá as metas de melhoria e qualidade a serem atingidas. Aprovado o plano, celebrará Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor. Em seguida, o Chefe do Poder Executivo qualificará a instituição de Agência Executiva por meio de decreto. No entanto, caso as cláusulas do plano estratégico de reestruturação não estiverem sendo cumpridas, o Ministério supervisor, com anuência do Ministério Federal da Reforma do Estado, proporá a desqualificação da agência ao Presidente. Apesar de seus objetivos e de sua maior autonomia financeiro-orçamentária, esses entes autárquicos continuarão sob uma vigorosa supervisão

36 TÁCITO, Caio. "A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa". *Revista de Direito Administrativo*. V. 215, p. 03 e 05.

ministerial no tocante a suas funções, visando controlar a consecução das metas previstas no Plano de reestruturação e no Contrato de Gestão e avaliando continuamente seu desempenho.[37] As Agências Executivas, embora sigam um regime especial, em nada se diferenciam da natureza jurídica das autarquias do Decreto-lei nº 200. Elas só se qualificam como tal após um requisito de ordem formal: a aprovação mediante decreto do Executivo.

Isso implica que a agência de telecomunicações não se enquadra como agência executiva, visto que não se originou de um decreto qualificador do Presidente da República. Ao contrário, o órgão regulador deriva de uma lei ordinária, a qual delimitou suas atribuições e poderes. Portanto, concluímos que a ANATEL é agência reguladora em relação aos serviços de telecomunicações, mas se afigura como uma simples e tradicional autarquia no que tange aos serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens.

6. Delegação de poderes à ANATEL: o fenômeno da deslegalização

Ora, investigar a delegação de poderes representa estudar o existir natural da Administração estatal. Nunca é demais lembrarmos que Administração Pública define-se como um conjunto de órgãos e pessoas jurídicas aos quais a lei delega o exercício da função administrativa, a fim de desenvolverem uma atividade concreta e imediata do Estado, sob um regime de Direito Público, para a consecução de interesses coletivos.[38]

Historicamente, sempre foi divulgada a idéia de que o dever da Administração estatal restringir-se-ia a executar lei de ofício. Na atualidade, há uma tendência natural em se deslocar a produção normativa ao Poder Executivo. O Estado pode permitir o acesso, com maior eficácia e através de canais formais ou informais, de interesses privados setoriais (que atendam aos anseios da coletividade), legitimando-os como interesses públicos pela produção legislativa da própria Administração Pública. A vantagem dessa prática reside, justamente, na desnecessidade da tramitação do lento e vagaroso processo normativo do Poder Legislativo. Seu fundamento é o de que a lei material não pode prever todos os pressupostos fáticos e jurídicos cabíveis para que a Administração concretize os princípios do ordenamento jurídico e realize o interesse público.[39]

Ao revés, as situações jurídicas individuais estão surgindo na vida do operador do Direito com uma complexidade muito maior e refletem, tão-somente, as mudanças da sociedade. Por ser incapaz de prevê-las em sua totalidade, o legislador não consegue prescrever todos os parâmetros, instrumentos, medidas e finalidades específicas que o administrador se depara ao tentar solucionar os problemas individuais.

37 V. arts. 1º, § 4º, 2º, II e 3º, *caput*, do Decreto n.º 2.487, de 02 de fevereiro de 1998.

38 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 55-56.

39 FRANÇA, Vladimir da Rocha. "Fundamentos da discricionariedade administrativa". *Revista dos Tribunais*. V. 768, p. 60-61.

Isso representa apenas o reflexo das pressões da sociedade civil por uma rápida ação administrativa, que se adeqüe a uma realidade cada vez mais dinâmica e instável.[40] Como resposta a todas essas adversidades, o legislador ampliou as funções da Administração Pública, delegando-lhe maiores poderes que os de mera execução.

Esta passou a ser investida de autoridade para promulgar normas e regulamentos de aplicabilidade geral, assim como de amplos poderes para policiar os administrados e solucionar conflitos individuais por meio de processos administrativos. O sistema anglo-saxão também previu esse incremento de poderes da Administração Pública hodierna. De acordo com Bernad Schwartz, a outorga de poder normativo e poder para dirimir controvérsias é essencial para que a Administração possa desempenhar, eficientemente, as tarefas regulamentares que lhe são confiadas pelo Legislativo, tornando-se, conseqüentemente, o repositório dos três poderes do Estado, devido a essa delegação de funções.[41]

Nada obstante, os países anglo-saxões foram, intimamente, influenciados pela teoria de John Locke. Segundo o filósofo inglês, o Parlamento, o qual representa os interesses dos cidadãos, não pode transferir sua inerente prerrogativa de legislar ao governo, pois implicaria na renúncia de um poder que lhe é originário da soberania democrática. Esta fórmula inspirou, profundamente, o *commom law* e resultou na premissa de que o Congresso, ao delegar poder normativo ao Executivo, deverá esclarecer não apenas as hipóteses de discricionariedade como também os seus limites, só lhe sendo permitido regulamentar uma dada matéria com prévia autorização do Legislativo.

Explica Schwartz que, para preservar a posição do Congresso como legislador primário, a delegação de poderes não pode ser excessiva. O Congresso não pode, simplesmente, transferir sua competência legislativa para o Executivo. Os limites precisos desse poder legiferante, que o Parlamento conferiu, devem estar bem definidos na Lei. A delegação de poder deve ser limitada, tanto pela prescrição legislativa de seus fins e meios, e até de suas particularidades, quanto pela limitação da esfera de poder delegado.[42] Ou seja, o poder regulamentar da Administração é muito reduzido, sendo sempre inferior à lei e nunca se equiparando a essa, implicando numa estrita observância ao princípio da reserva legal.

Essa preocupação, em se limitar o poder normativo da Administração, advém do próprio *princípio da legalidade*, posto que a reserva da lei comporta uma dupla dimensão no Direito Administrativo. No *sentido negativo*, significa que o poder público não pode atuar no que a lei não lhe permite fazer. Por isso, nas matérias reservadas à Lei, fica proibida à Administração Pública utilizar outra fonte de Direito, visto que não lhe cabe confeccionar lei material. Já numa *dimensão positiva*, a Administração, somente, pode atuar com base no que a Lei expressamente autorize. Assim, na reserva da Lei, só através de lei ordinária podem ser estabelecidas as matérias da alçada da Administração; a própria Lei deve prescrever o respectivo

40 *Idem, ibidem.*

41 SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*, p. 348-349.

42 SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*, p. 37.

regime jurídico, vedando-se ao legislador declinar sua competência ao administrador, pois estaria este usurpando a função natural do Legislativo.[43]

Nos países de tradição romanística, em geral, tem-se aceitado um espaço normativo mais acentuado da Administração, onde vislumbramos vários casos de delegações legislativas. Torna-se imperioso que, no presente trabalho, analisemos o fenômeno da delegação de poderes concernentes à agência reguladora, averiguando, primeiramente, os casos de delegação normativa permitida pela Constituição da República. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández propuseram a divisão dos tipos de delegação de poderes em delegação receptícia, a remissão normativa e a deslegalização.[44]

A delegação receptícia consiste no poder delegado ao Executivo para elaborar normas gerais e abstratas (com força de lei) mas que verse sobre conteúdo previamente delimitado pela lei delegante, assumindo como sua a prerrogativa inerente ao Poder Legislativo. A Constituição exemplifica as chamadas Leis Delegadas nos art. 59, IV e 68. Porém, ela se submete a condições formais da Carta Magna e ao controle político *a posteriori* do Congresso para sustar os seus efeitos em caso de exorbitância dos limites da lei delegada (art. 49, V). Enquanto, a remissão normativa se caracteriza no reenvio da lei a uma normatização ulterior, com hierarquia inferior à lei material e em caráter complementar a esta, isto é, sem força de lei, que deverá ser elaborada pela Administração ao executar sua função. Esse é o típico poder regulamentar arrogado ao Chefe do Executivo, com o fulcro de expedir regulamentos à fiel execução, os denominados regulamento executivos, previstos no art. 84, IV, da CF e, igualmente, submetidos ao controle político do Congresso Nacional, nos termos art. 49, V.[45]

A última modalidade de delegação de poderes, a qual nos desperta interesse particular, reside na chamada *deslegalização*, pois foi esse o traço característico da delegação de poderes à agência reguladora de telecomunicações. Em brilhante pesquisa sobre o referido tema, Diogo Figueiredo Moreira Neto explica que essa técnica originou-se na França e foi logo encampada pela jurisprudência do Conselho do Estado sob o jargão de *délégation de maitières*. Com muita notoriedade, Maurice Hauriou conceituou-a como a retirada, pelo próprio parlamento, de certos assuntos pertencentes ao domínio da lei material (*domaine de la loi*), passando-os ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonance*).[46]

A doutrina portuguesa também corroborou esse posicionamento. O eminente professor Gomes Canotilho compara o fenômeno a uma degradação do grau hierár-

43 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 674 e 773.

44 ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*, p. 274.

45 *Idem*, p. 275 e 289.

46 HAURIOU, Maurice. *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929*. T. I, p. 16 e ss. *Apud*. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. "Agência Nacional de Vigilância Sanitária: natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação". *Revista de Direito Administrativo*. V. 215, p. 77.

quico da norma. A Lei fomentadora do processo de *deslegalização*, justamente por não entrar na regulação do assunto, degrada, formalmente, o grau hierárquico da norma, enviando seu regramento a uma normatividade inferior e permitindo que essa matéria venha ser modificada mediante regulamentos. E após refletir, pondera que a lei deslegalizadora desempenha duas funções essenciais: "(a) *função de abaixamento de grau*, pois sem a existência da lei deslegalizadora tornam-se inconstitucionais os actos regulamentares com disciplina inovadora ou contrária a uma norma legal; (b) *função autorizante*, dado à lei deslegalizante ser simultaneamente uma lei autorizante de disciplina material através dos regulamentos".[47]

Mas, foi na Itália, que a técnica, intitulada de *delegificazione*, ganhou maior exatidão. Gianmario Demuro definiu-a como "a transferência da função normativa (sobre matérias determinadas) da sede legislativa estatal a outra sede normativa".[48] Os juristas italianos fazem o discernimento entre uma modalidade ampla e a estrita. Em *lato sensu*, denota a demissão por parte do Estado de regular uma matéria de sua alçada, abrindo espaço para que a sociedade organizada exerça a normatividade; ou em *stricto sensu*, manifesta-se como a delegação do legislador a uma fonte reguladora secundária.

A deslegalização despertou nossa curiosidade, porque tal instituto explica, precisamente, o processo de delegação de poder normativo que fortaleceu a agência de telecomunicações. A Emenda Constitucional nº 08, já comentada supra, deu nova redação ao art. 21, IX, da Carta Política e prescreveu a existência de uma entidade autônoma com o propósito de disciplinar os serviços de telecomunicações.

O Congresso Nacional modificou o texto constitucional, transferindo a atividade reguladora do Executivo central a um órgão regulador. Assim, a deslegalização foi autorizada no seio da Constituição, através de um meio democrático e legítimo, que respeitou os próprios trâmites constitucionais. Pela nova redação, a titularidade desse serviço público continua pertencendo à União, reservando-lhe, inclusive, autoridade para executar materialmente o serviço.

Outrossim, vale salientar que a mudança ocasionada pela Emenda nº 08 na Carta Magna não representou apenas a transferência de atividade normativa. O texto relata a expressão *regulador*. E regular denota uma acepção muito mais extensa do que, simplesmente, regulamentar. Regular envolve a potestade de expedir normas, um poder de polícia e poder para solucionar controvérsias entre os agentes interessados. A doutrina falha ao elucidar que o processo delegante significou, tão-somente, a transferência de poderes normativos da União à agência, pois houve o deslocamento de algo muito mais amplo: o Poder Regulador.

Com a edição da Lei nº 9.472, a União perdeu seu poder regulador sobre o disciplinamento do serviço e, conseqüentemente, sobre o sistema de outorga às

47 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, p. 781.

48 Tradução de Moreira Neto. "Transferimento della funzione normativa (su materiae determinate) dalla sede legisdeativa statale ad altra sede normativa". DEMURO, Gianmario. *Le Delegificazione: modelli e Casi*. Turim: G. Giappichelli, 1995. *In*: MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 78.

empresas prestadoras, agora entregues à livre iniciativa. A emenda desconstitucionalizou a matéria, proibindo a Administração Central de exercer a regulação do setor, e submeteu a telefonia aos preceitos da Lei Geral, a qual não poderá ser alterada por medida provisória, sob pena de inconstitucionalidade. Interpretando o espaço deslegalizador da Emenda nº 08 em conjunto com a Lei de Telecomunicações, inferimos que o poder concedente deixou de ser a União (via Ministério das Comunicações) e passou a ser a ANATEL. Em outras palavras, o poder concedente atual é a agência de telecomunicações.

De outra forma, abriu espaço para que uma lei infraconstitucional delegasse poderes normativos, acompanhado de uma forte polícia administrativa e poder para de dirimir conflitos de interesses entre as concessionárias (ou entre estas e os consumidores) a um órgão regulador, o qual passaria a ser a entidade responsável pela fiscalização das telecomunicações brasileiras.[49] A Emenda nº 08 obrigou o Poder Público a criar, através de lei ordinária, um organismo estatal independente. Assim, ao optar-se pela oferta indireta da telefonia, imediatamente, seriam deslegalizados poderes para o órgão controlar o setor estratégico, pois a finalidade da emenda fora impedir que o Executivo central exercesse a regulação sobre a prestação indireta desse serviço. Por isso, a mesma norma prescreveu que ficaria vedada a edição de medida provisória com o objetivo de regulamentar o disposto no art. 21, XI, da Constituição Federal.

A criação do órgão de telecomunicações recebeu *status* constitucional. Ademais, sua competência também fora estipulada constitucionalmente: regular o funcionamento dessa atividade. A Constituição atribuiu-lhe autonomia, para decidir sobre o serviço, retirando os poderes da União e remetendo-os a uma autoridade responsável pelo controle das telecomunicações. Tal topografia constitucional concedeu independência política, com o escopo de que o organismo autônomo regesse a atividade sem ser embaraçado pelo Executivo central. Isso nos autoriza destacar que o ente regulador assemelha-se a uma pessoa política, uma vez que tem previsão constitucional, possui autonomia político-decisória desvinculada dos interesse da União e com esfera de poder garantido pela Carta Maior. Apesar da Lei Geral de Telecomunicações permitir que a agência possa ser destituída por lei ordinária específica (art. 17), ela apenas autorizou a extinção de seu regime jurídico, já que a Lei Magna garantiu a existência de um órgão especialmente voltado à regulação das telecomunicações, sob prestação indireta, a qual nunca poderá ser revogada por lei infraconstitucional. Ainda que a entidade autônoma não seja uma pessoa política, posto que não compõe a estrutura federativa brasileira, ela detém autonomia política originária da Constituição, cuja esfera de competência está prescrita em lei. Seus poderes nascem, portanto, da Carta Magna.

Desse modo, percebemos que esse procedimento deslegalizador de atribuições, da União à ANATEL, é perfeitamente constitucional. Tal delegação de potestades respeita o princípio da reserva legal, pois sua atividade reguladora estará condicionada aos preceitos e limites impostos pela Lei Geral de Telecomunicações; bem

49 Cf. GELLHORN, Ernest; LEVIN, Ronald M. *Op. Cit.*, p. 09.

como se compatibiliza com a Carta Magna, face à permissão do art. 21, XI, de abrir espaço para que uma lei ordinária viesse deslegalizar poderes ao órgão gestor.

A agência cumpre a nova tendência da Administração Pública. Essa delegação de poderes, ou melhor, o processo de deslegalização representa a exigência contemporânea de uma simplificação da ação administrativa. A aplicação desse instrumento deslegalizador contribui para uma progressiva aceleração da função administrativa, que não cristalizará sua ação ao esquema legislativo, dificilmente modificável em curto espaço de tempo, moldando-se às novas exigências da coletividade e à tendência atual da ampliação das funções do Estado-administração. O fenômeno deslegalizador da agência de telecomunicações constitui uma exigência moderna de racionalização da normatividade infralegal.[50] Ao concentrar uma maior gama de poderes, com o fulcro de solucionar controvérsias entre os agentes interessados no serviço, de fiscalizar as telecomunicações e editar normas para disciplinar o setor, a Administração detém maior margem de discricionariedade para reger situações jurídicas individuais pertinentes à telefonia brasileira.

7. *Regulação e poder regulador*

Antes de conceituarmos a regulação, precisamos tecer algumas considerações acerca do termo *desregulação*. Na atualidade, o vocábulo desregulação tem sido utilizado como sinônimo de redução da interferência do Estado na economia, de programas de desestatização implementados por governos, de aumento da liberdade da sociedade civil e dos cidadãos, de transferência da prestação de certas atividades estatais à iniciativa privada e até da aplicação de uma forte política de liberalismo econômico. Sob a visão geral das recentes reformas dos Estados contemporâneos, a expressão designa a diminuição das amarras regulatórias e a redução dos entraves burocráticos, a fim de que empresas particulares possam desempenhar suas tarefas com um menor regramento sobre seus atos. A idéia fixa-se na premissa de uma regulação mínima, com poucas normas, as quais permitam aos agentes econômicos desenvolverem-se com maior amplitude, sem o controle excessivo do Estado.

A noção de *regulação* estatal ainda é muito imprecisa entre os autores nacionais e estrangeiros, carecendo de cientificidade no tocante à atividade reguladora das agências independentes. Dissertando sobre o tema, Vital Moreira define a regulação sob uma acepção plural. Em sentido amplo, está ligada à intervenção direta do Estado na economia. Em outra modalidade, significa o condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica, exercida por entes privados, desde que não seja a participação direta do Estado na economia. E por último, denota somente o controle, por meio de lei ou outro instrumento normativo, sobre a atividade econômica privada.[51]

50 SPAGNUOLO, Massimiliano. "La semplificazione amministrativa. La delegificazione". www.dirittoitalic.it/dottrin/index_chiritto amministrativo.htm.

51 MOREIRA, Vital. *Op. Cit.*, p. 35.

O processo regulatório abrange: "(a) aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, códigos de conduta, etc.); (b) implementação concreta das referidas regras (autorizações, licenças, injunções, etc.); (c) fiscalização do cumprimento e punição das infrações. É por a regulação conjugar estes três tipos de poderes— um poder normativo, um poder executivo e um poder parajudicial— que a doutrina norte-americana refere as 'comissões reguladoras independentes' como um concentrado dos três poderes típicos do Estado (legislativo, executivo e judicial)".[52] Assim, regulação compreenderia o controle do Estado-administração sobre atividades privadas, consoante as regras de interesse público. Implica na imposição de normas com o propósito de controlar, dirigir, restringir e alterar o comportamento dos agentes econômicos, as quais autorizam o poder público a aplicar sanções em caso de desrespeito.

Dudley Pegrum defende que a regulação cumpre vários objetivos. Tem a função de restringir práticas comerciais (*restraint of trade*), proibindo a cartelização dos preços dos produtos e impedindo a fixação de valores excessivos; de regular os monopólios, evitando que algumas indústrias dominem, com exclusividade, certos mercados (*conspiracy to monopolize*); ou controlar a qualidade e o preço dos serviços nos setores, tradicionalmente, monopolizados (*regulation to control monopoly*), onde seja inviável a livre concorrência; bem como afastar a concorrência desleal (*unfair competition*), implementando uma saudável competição entre indústrias. Explica que, com base na Constituição e nas leis, o Estado tem o direito de regular (*the right to regulate*), o qual reside em sua natural prerrogativa de intervir na economia e, principalmente, nos serviços de interesse público, os quais são prestados por empresas particulares.[53] E define:

"Regulação pressupõe negócios privados e atividade econômica independentes do governo. Ela assume a descentralização de responsabilidade pela orientação da vida econômica e produtiva. Prescreve normas de conduta as quais, de qualquer modo, conferem às agências fiscalizadoras um considerável poder discricionário. Regulação também envolve um elemento de direção deliberativa, que, em certos casos, cria o problema de discernimento entre regulação e gerenciamento. Essa é, particularmente, a realidade daquelas indústrias 'afetadas pelo interesse público'."[54]

O autor norte-americano ainda destaca que a palavra regulação engloba três significados diferentes. No senso comum, caracteriza as normas estatais que regem os empreendimentos particulares. Em outro aspecto, retrata a imposição de leis materiais, pela ação do Poder Legislativo, com o objetivo de conduzir as atividades

52 *Idem*, p. 36-37.

53 PEGRUM, Dudley F. *Op. Cit.*, p. 35-42 e p. 256-263.

54 Tradução livre. "Regulation presuposes private business and economic activity independent of government. It assumes the descentralization of responsability for the guidance of economic life and production. It prescribes rules of conduct under which, however, enforcement agencies are allowed considerable discretion. Regulation also involves an element of deliberate direction, which, at times, creates the problem of distinguishing between regulating and managing. This is particularly true in those industries 'affected with public interest' ". PEGRUM, Dudley F. *Op. Cit.*, p. 253.

privadas e, posteriormente, atingir fins sociais. Já o terceiro e mais preciso significado de regulação descreve os controles desenvolvidos pelo Estado, para lidar com indústrias que exerçam atividades sob monopólio estatal ou serviços de utilidade pública, a exemplo de transportes, energia elétrica, telecomunicações, radiodifusão e demais serviços que o organismo estatal os afete pelo interesse público. A Administração pode intervir, através de comissões autônomas ou agências, fixando os preços dos serviços e limitando o lucro dos empreendedores, ou estabelecendo outras restrições prescritas pelo direito positivo.[55]

Contudo, só nos interessa o conceito de regulação no que tange aos serviços públicos e sob à óptica do Direito Administrativo brasileiro, especialmente no tocante à função da agência de telecomunicações.

No geral, *regular* quer dizer sujeitar a regras, dirigir ou regrar.[56] Dentre os juristas nacionais, a que mais se aproxima da verdadeira concepção de regular é Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Ensina que a expressão "significa estabelecer regras independentemente de quem as edite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta".[57] A emérita professora paulista faz a distinção entre regular e regulamentar. Ressalta que o primeiro vocábulo detém um sentido muito mais amplo, abrangendo inclusive a regulamentação. Logo, *regulamentação* é espécie do gênero *regulação*.

Apesar de discernir, com perfeição, ambas as expressões, o sentido do termo regular ainda se encontra incompleto. A administrativista vincula sua noção, unicamente, à produção normativa. No que tange às agências reguladoras, em particular à ANATEL, regular um serviço não envolve somente o poder de expedir normas, isto é, sua capacidade regulamentar, mas abrange também sua polícia administrativa e uma função contenciosa.

Por sua vez, a esse acúmulo de potestades denominamos de *Poder Regulador*. Não se trata de mero neologismo, porquanto a noção de Poder Regulador deriva, justamente, da regulação de uma determinada atividade estatal por uma autoridade administrativa independente. Assim, a partir deste momento, no estudo das agências, essa nova terminologia não poderá mais ser utilizada como sinônimo de poder regulamentar, haja vista que ela representa uma conjugação de funções.

Então, à luz do Direito Administrativo brasileiro e sob a óptica das agências independentes, *Regulação* denota a margem discricionária prescrita em lei específica, atribuída ao um dado ente administrativo, com o escopo de desempenhar uma ação regulamentar, realizar seu poder de polícia administrativa sobre um determinado serviço público, além da capacidade para dirimir controvérsias entre agentes privados, cuja competência tenha sido definida por essa mesma lei.

Tais atributos explicam o grau discricionário que a agência possui para exercer seu Poder Regulador, dentro dos limites e princípios estabelecidos pela Lei Geral,

55 *Idem, ibidem.*

56 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*, p. 559.

57 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 140.

com o fulcro de deliberar sobre a prestação dos serviços telefônicos. No caso dos serviços telefônicos, antes da Lei Geral, vigorava o monopólio das empresas estatais que formavam o Sistema Telebrás. Após o programa de desestatização implementado pela referida lei, tornou-se imperioso que o poder público reorganizasse e controlasse o setor, cujas empresas pertencem, atualmente, à iniciativa privada. Em suma, a regulação serviu como instrumento de controle sobre a prestação do serviço por empresas privatizadas. Para tanto, criou-se a ANATEL, com competência titularizada pela Lei nº 9.472, que previra um amplo poder regulador sobre os serviços de telecomunicações. E este poder regulador reúne um tríplice aspecto: um poder para solucionar controvérsias, um poder regulamentar e um poder de polícia. Assim, concluímos que não houve necessariamente uma desregulação neste setor público, e sim uma nova regulação da telefonia brasileira.

Num primeiro momento, a agência estabelecerá as normas condicionadoras da telefonia, ofertando diretrizes a serem seguidas pelas empresas outorgadas e usuários dos serviços. E depois de regulamentada a matéria, entra em ação o policiamento da ANATEL. Com essa atuação, o ente regulador faz cumprir suas próprias normas técnicas, devendo fiscalizar o cumprimento dos objetivos da Lei Geral. Sabemos que a polícia administrativa da agência de telecomunicações é indissociável da sua atividade regulamentar; muitas vezes ambas as funções até se confundem, não havendo uma ordem precisa quando uma outra atividade se desenvolva. Todavia, para efeitos de pesquisa, iremos abstrair o seu poder de polícia, dando continuidade ao presente estudo.

8. O conceito de poder de polícia

Desde o nascimento do Estado, vislumbra-se a prática do poder de polícia. Simplesmente, não há como se conceber a idéia de Estado sem a necessária existência de controle sobre o comportamento dos cidadãos. Todavia, consagrou-se durante período da Idade Moderna, no desenrolar do Estado Absolutista, quando fora atribuído ao soberano poder para restringir a esfera de liberdade dos cidadãos, fundado na própria sobrevivência do Estado. Sob influência de filósofos como Thomas Hobbes, àquela época se divulgava a máxima da qual o *jus politiae*, chancelado pelo príncipe, protegeria a nação de um possível estado de beligerância total. O individualismo, somado ao excesso de liberdade dos cidadãos, provocaria um perigo iminente de guerra civil, pondo em risco a soberania interna. O controle das liberdades individuais seria pressuposto para se atingir a paz social. Apesar da conotação desvirtuada, configurou uma das primeiras idéias de poder de polícia, uma vez que direitos e liberdades individuais seriam restringidos em nome do bem-estar coletivo.

Essa noção de restrição da liberdade individual em prol da coletividade arraigou-se na cultura administrativa. A doutrina alemã, no início do século, já ligava tal conceito à manutenção da paz social, da segurança interna e da ordem pública. Oto Mayer a descreve como a atividade estatal que visa defender a boa ordem da coisa pública contra as perturbações que as realidades individuais possam ocasionar.[58]

58 MAYER, Oto. *Derecho Administrativo Alemán*. T. 2, p. 05.

Marcelo Caetano sintetiza que poder de polícia é "o modo de actuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objecto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir".[59]

Há muito tempo, os autores brasileiros deparam-se com o problema de sua conceituação. Sucintamente, enfatiza José Cretella Júnior: "poder de polícia é a faculdade discricionária da administração de limitar a liberdade individual em prol do interesse coletivo". O tratadista acrescenta que tal poder realiza-se tanto em atos concretos como em potência.[60] Odete Medauar preceitua que "em essência poder de polícia é a atividade da Administração Pública que impõe limites a direitos e liberdades".[61]

Sem sombra de dúvida, o fundamento maior reside no princípio da sobrelevância do interesse público do Estado sobre o particular. Jean Rivero preconiza que o Estado-administração não pode colocar-se em pé de igualdade com os particulares, haja vista que estes só intencionam realizar suas vontades com base em motivos puramente pessoais, os quais não traduzem o interesse da Administração Pública. Enquanto o particular visa à satisfação do interesse individual, a Administração busca justamente o revés: a satisfação do interesse geral.[62] Há uma nítida oposição de valores. Contudo, deve preponderar o interesse da ordem pública, por ser este, indistintamente, o interesse de todos, legitimando a Administração a condicionar e restringir os direitos dos administrados.

Outrossim, os estudiosos costumam dividir o poder de polícia em polícia judiciária e polícia administrativa. Os mais tradicionais utilizavam o critério repressivo-preventivo para diferenciá-las. A polícia judiciária seria aquela que age de forma repressiva. Já, a polícia administrativa qualificava-se por sua ação, essencialmente, preventiva. Nada obstante, Themístocles Brandão Cavalcanti critica a divisão por entender que esse critério é falho e não diferencia com exatidão a atuação de ambas as polícias,[63] pois as duas podem praticar medidas preventivas e repressivas na busca de seus respectivos fins específicos. A melhor linha de diferenciação encontra-se na prática ou não de um tipo penal. Se o particular infringir um tipo penal, autorizará a atuação da polícia judiciária; se praticar um ilícito de ordem, puramente, administrativa, dará ensejo à polícia administrativa.[64]

Com o advento do Estado Democrático de Direito, o poder de polícia derivara da lei, obedecendo explicitamente aos condicionamentos da reserva legal (princípio da legalidade), lembrando que deve ser lei material, confeccionada nos moldes do processo legislativo (CF, art. 59). Tal preceito esclarece que o Estado deve subme-

59 CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. T. 2, p. 1066.

60 CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. Cit.* V. 5, p. 56.

61 MEDAUAR, Odete. "Poder de Polícia". *Revista de Direito Administrativo*. V. 199, p. 89.

62 RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*, p. 15.

63 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. V. 3, p. 10.

64 LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Adminstrativo*, p. 203-204.

ter-se à própria lei que criou. Além disso, o policiamento público precisa obedecer aos princípios da Administração Pública, inseridos na Constituição (art. 37), bem como à lei ordinária, a qual ser-lhe-á permitido ampliar tais princípios, delineando sua atuação e competência. O novo policiamento será direcionado, obrigatoriamente, pelos princípios que regem o Estado Democrático de Direito (soberania, cidadania, dignidade humana, pluralismo social e político-econômico, a harmonia dos poderes) do Título I, CF. E, principalmente, terá sua atividade condicionada e limitada pelos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5°).

A compreensão de Estado Democrático de Direito supera a imprecisa e obscura definição de ordem pública, interesse público, bem-estar da coletividade ou interesse coletivo. Esses predicativos são muito elásticos e se modificam no tempo e no espaço, enquanto a concepção de Estado Democrático de Direito é única, já que traduz os anseios do Título I, da Lei Magna.

O poder público, legitimado pelo ordenamento administrativo-constitucional aufere o *status* de autoridade garantidora do interesse público (do Estado Democrático de Direito). Em outras palavras, o administrador detém a prerrogativa de limitar as liberdades individuais em prol do interesse coletivo prescrito na Carta Política do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, tal concepção de polícia administrativa levou-nos a observar a incompatibilidade desta terminologia para explicar as restrições de liberdades e os condicionamentos administrativos. Na França, essa designação foi abandonada e adotou-se o termo "limitações administrativas à liberdade e à propriedade", ou simplesmente "limitações administrativas".

Dentre nossos cientistas, merece uma análise mais perfunctória a particular nomenclatura de Carlos Ari Sundfeld. Sob influência da doutrina alemã, incluiu o policiamento administrativo dentro da acepção *Ordnenden Verwaltung*, isto é, de Administração Ordenadora. "A substituição do poder de polícia pela administração ordenadora não é mera troca de rótulos (...), porque ligada a uma realidade que não mais vigora." Há uma "substituição da postura metodológica". E conclui: "A idéia de administração ordenadora resulta da necessidade de o jurista conhecer, casuísticamente, as atividades governamentais e mostrar como, em cada uma delas, devem incidir os princípios gerais do direito administrativo. (...) Não é uma parte do direito administrativo; é todo ele aplicado a um conjunto de atividades estatais".[65] Essa noção vai muito além do que denominamos, simploriamente, de policiamento público. Ela se assemelha à nossa concepção de poder regulador, analisada em capítulo supra.

Mesmo assim, continuaremos a empregar a terminologia "poder de polícia" para denominar os condicionamentos que o poder público impõe sobre os atos, direitos e liberdades dos administrados, posto que já se consagrou na doutrina nacional. Fica a crítica de que os autores nacionais ainda não assimilaram, com clareza, a atual concepção do que, impropriamente, chamamos de polícia administrativa. A compreensão de nossos administrativistas ainda se pauta na mera restrição

65 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*, p. 17-18.

dos direitos do particular, ou seja, na obrigação negativa imposta ao particular, no dever de abstenção ou do *non facere* do cidadão.

Na atualidade, Celso Antônio Bandeira de Mello sintetiza, com altivez, a dimensão global do instituto: "a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo".[66]

Para os fins da presente pesquisa, separaremos a atividade normativa da compreensão de polícia administrativa, que se traduz em portarias, resoluções, instruções e outros atos normativos que limitem as liberdades dos cidadãos. Trataremos apenas de sua operacionalização administrativo-material, quer dizer, de aplicação da lei ao caso concreto, englobando tanto medidas preventivas e repressivas, como as fiscalizadoras, visto que representam o atuar natural de seu policiamento estrito. A tais atos chamaremos de *polícia administrativa stricto sensu*, os quais trabalharemos a partir deste momento.

As medidas preventivas vislumbram-se, geralmente, por meio de atos aprioristicos do poder estatal, os quais intentam evitar a conduta danosa provocada por um ilícito administrativo e se materializam através da autorização e licença; ao passo que as repressivas consubstaciam-se através de atos *a posteriori* da administração, que, comumente, representam uma sanção por parte do poder público, *exempli gratia*, da apreensão de maquinário e produtos, a aplicação de multa, a interdição de direitos.[67] Por fim, as de fiscalização refletem o *jus politiae* na prestação positiva de uma atividade por parte dos particulares, seriam as inspeções, exames e vistorias realizadas.

A doutrina nacional também identifica os atributos de discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade na polícia administrativa. Porém, entendemos que o caráter discricionário do policiamento estrito nem sempre existe, podendo muitas vezes o juízo de oportunidade e conveniência manifestar-se, previamente, no ato constritivo da Administração. Já, a autoexecutoriedade e coercibilidade encontram-se, intrinsecamente, ligadas. A autoexecutoriedade implica na desnecessidade de autorização do Judiciário para que a Administração execute seus atos. A coercibilidade denota a faculdade do poder público de empregar a força para fazer cumprir seus atos.

Em suma, a doutrina permaneceu com o sentido negativo de poder de polícia, como a prerrogativa da Administração voltada à restrição da liberdade individual, assemelhando-se à noção hobbesiana, que fora cunhada ainda no Estado Absolutista, evoluindo sem conseguir desprender-se dessa semântica. Analisaremos a existência ou não de *poder de polícia estrito* na atividade da ANATEL, bem como analisaremos os contornos de tal poder de polícia.

66 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 675.

67 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 96.

9. *O poder de polícia da ANATEL*

Alguns autores nacionais têm defendido a inexistência de poder de polícia no que tange à atividade reguladora da agência de telecomunicações. Argumenta-se que o ente regulador não exerce poder de polícia; tal atividade restringir-se-ia a uma mera fiscalização de cumprimento do contrato de concessão.[68] O policiamento incidiria apenas sobre atividades privadas. E tendo as empresas prestadoras recebido a outorga da execução material das telecomunicações, exercendo portanto um serviço público, não haveria assim a atuação de uma polícia administrativa. Outros advogam em prol da premissa que o poder de polícia pertenceria à União e seria indelegável, tendo em vista que a Carta Magna reservou-lhe a titularidade do serviço.

Tais pensamentos não merecem prosperar. Na realidade, o poder de polícia da ANATEL configura-se como um *jus politiae* especial, voltado apenas aos serviços definidos em lei. Sobretudo, demonstramos que o advento da Emenda nº 08 ocasionou o fenômeno da deslegalização de poder regulador da União a um organismo da Administração Indireta. Assim, por ser bem mais amplo, o poder regulador absorve a noção de poder de polícia, pois o primeiro passa ser uma generalidade que inclui uma de suas espécies: a polícia administrativa. Desse modo, houve uma demissão da competência policial da Administração Direta, que agora fora conferida ao ente regulador, visando restringir certos direitos e liberdades das concessionárias.

A hipótese de que haveria uma mera fiscalização da execução do serviço concedido é logo refutada pela Lei Geral. Vislumbrando o art. 19, a lei delimita a competência da autoridade independente. Dispõe que a "agência pode adotar medidas necessárias para a atendimento do interesse público", especialmente: expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções (XI); realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência (XV); reprimir infrações dos direitos dos usuários (XVIIII); exercer o controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica no tocante ao policiamento das empresas de telecomunicações (XIX). A lei coibirá também os comportamentos prejudiciais à livre-concorrência entre as operadoras do serviço e aplicará sanções a exemplo da multa, advertência ou suspensão temporária da atividade (art. 173). Estes atos não são formados simplesmente medidas fiscalizadoras, pois envolve prevenção e repressão de práticas danosas, assegurando a boa prestação do serviço de telecomunicações. Essas medidas apenas servem como subsídio e prova da existência de uma efetiva e substancial polícia administrativa na atuação discricionária da ANATEL.

Portanto, as telecomunicações inserem-se naquela categoria que a doutrina contemporânea passou a denominar de *serviços de interesse econômico geral*. A elocução fora introduzida por Sundfeld, que se inspirou na legislação da União Européia.[69] Tal expressão qualifica os serviços titularizados pelo Estado, mas que

68 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. Cit.*, p. 162.

69 SUNDFELD, Carlos Ari. "A Administração Pública na era do Direito Global". *Direito Global*, p. 161, nota 06.

este os explora através de indústrias privadas. Com o fulcro de ofertar tarifas módicas e salvaguardar a boa qualidade dos serviços, o Estado, através das agências, obrigará as empresas a concorrerem entre si. Isso se explica pelo fato desses serviços terem um vigoroso fim econômico, exigindo-se altos investimentos das operadoras participantes, devido à rapidez com que as novas tecnologias chegam ao mercado. Demais, para prevenir práticas de concorrência desleal, como a cartelização de preços, o monopólio e oligopólios, que colocam em risco a livre concorrência do setor, a regulação destas atividades são entregues às agências independentes. Nesses serviços, por ainda ser o interesse público maior do que o econômico, o Estado assume a titularidade, protegendo os anseios da coletividade.

A definição de poder de polícia que mais se coaduna com o papel do organismo de telecomunicações pertence a Themístocles Brandão Cavalcanti. Consoante o autor, é "um meio de assegurar os interesses individuais porventura ameaçados pelo exercício ilimitado, sem disciplina normativa dos direitos e individuais por parte de todos. O poder de polícia visa, portanto, a proteção dos bens, dos direitos, da liberdade, da saúde, do bem-estar econômico. Constitui uma limitação à liberdade individual mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais ao homem".[70] Tal definição continua atual e precisa ser resgatada pelos estudiosos contemporâneos.

Essa compreensão de proteção à liberdade é observada, praticamente, em toda a Lei Geral de Telecomunicações. O diploma legal coíbe "os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviço, no regime público ou privado", proibindo inclusive a prática de subsídios visando à redução artificial de preços (art. 70). Da mesma forma, a lei ressalta que a disciplina das relações econômicas no setor telefônico vincula-se aos princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor e repressão ao abuso do poder econômico (art. 5º).

Há, sim, um vigoroso policiamento da ANATEL, pois os serviços de telecomunicações são norteados por fortes interesses privados: o lucro almejado pelas operadoras e as tarifas pagas pelos usuários. Cumpre frisar que a noção de poder de polícia fora absorvida pela existência de um amplo poder regulador conferido à agência, compondo uma gama maior de potestades.

Daí, inferimos que, com a implantação da agência de telecomunicações, houve uma mudança na concepção de poder de polícia. Se, antes, o poder de polícia era voltado para a restrição da liberdade do particular, inspirada na idéia hobbesiana de Estado, em prol de uma ordem pública mal conceituada, agora a polícia administrativa do ente regulador objetiva proteger a livre iniciativa, a liberdade de concorrência entre as operadoras e os direitos do consumidor, restringindo práticas nocivas visíveis neste setor público, adequando-se ao Estado Democrático de Direito.

70 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Op. Cit.*, p. 6-7.

10. Conclusão

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) foi criada com o objetivo de regular os serviços de telecomunicações no Brasil. Ela é fruto das transformações ocasionadas pela Reforma do Estado na Administração Pública brasileira. Sua origem histórica advém do modelo britânico e norte-americano de agência administrativa.

A Emenda Constitucional nº 08 modificou o regime de prestação da telefonia, pondo fim ao secular monopólio da União na oferta desse serviço público. Tal emenda desconstitucionalizou a matéria e previu a criação de um órgão regulador, retirando o controle direto do Poder Executivo sobre sistema de outorga e transferindo-o a uma agência reguladora, que fora disciplinada pela Lei 9.472/97.

A natureza jurídica da ANATEL demonstra que esse organismo ocupa agora uma posição topográfica *sui generis* na estrutura administrativa nacional. Suas características de independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes servem de referencial para se tipificar toda e qualquer entidade administrativa como agência reguladora. Contudo, a agência de telecomunicações não possui independência administrativa na disciplina dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

A delegação de poderes à ANATEL proveio da Emenda Constitucional nº 08, num processo chamado de deslegalização. Permitiu que a Lei Geral de Telecomunicações transferisse atividade normativa à agência, juntamente com outros poderes, representando assim uma simplificação de suas funções administrativas. Além do mais, o Poder Regulador da agência de telecomunicações envolve um tríplice aspecto: uma atividade regulamentar, uma polícia administrativa e um poder para decidir controvérsias entre os agentes envolvidos.

Por fim, a noção clássica de poder de polícia não se adequa ao Estado Democrático de Direito. A atividade policial da ANATEL representa uma mudança na própria concepção de poder de polícia, posto que visa proteger a liberdade de concorrência e a livre iniciativa.

11. Bibliografia

ASCENSÃO, José de Oliveira. "Natureza Jurídica". *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coord. Rubens Limonge França. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 54. p. 95-96.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. T. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. "A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. Breve visão comparada". *Revista da Associação do Juizes Federais do Brasil*. 16º Encontro Nacional dos Juízes Federais (edição comemorativa). Fortaleza: Editora Gráfica LCR, [Sd], [2000?]. p. 157-178.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. V. 3.

CÂMARA, Jacintho de Arruda; DE SANTI, Eurico Marcos Diniz; SUNDFELD, Carlos Ari [et al]. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: forense, 1978.

_____. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968 e 1970. V. 5 e 7.

COMISSÃO PFL-2000. *Premissas e Projeções para um Programa de Governo*: Apresentadas pelo PFL à Coligação União, Trabalho e Progresso. Coord. Mauro Salles. São Paulo: Lis Gráfica, 11 de agosto de 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. São Paulo: Folha de S. Paulo/Nova Fronteira, 1995.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. "Fundamentos da discricionariedade administrativa". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Outubro de 1999. V. 768. p. 60-70.

GALLIGAN, Denis James; GRAHAM, C.; PROSSER, Tony [et al]. *A Reader on Administrative Law*. Oxford University Press: Nova York, 1996. (Oxford Readings in Social-Legal Studies).

GELLHORN, Ernest; LEVIN, Ronald M. *Administrative Law and Process in a nutshel*. 4° ed. St. Paul (Minnesota): West Group, 1997. (Nutshell Series).

GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manoel Leitão; SANTOS, António Carlos. *Direito Económico*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAYER, Oto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: De Palma, 1951. T. 2.

MEDAUAR, Odete. "Poder de Polícia". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. Janeiro/março de 1995. V. 199. p. 89-96.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Mallheiros Editores, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. "Agências administrativas, poder regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. Outubro/dezembro de 1999. V. 218. p. 93-112.

MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Agência Nacional de Vigilância Sanitária: natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. Janeiro/março de 1999. V. 215. p. 71-83.

PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. Presidência da República. Brasília, 1995. .

PEGRUM, Dudley F. *Public Regulation of Business*. Homewood (Illinois): Richard D. Irwin Inc., 1965. (Irwin Series in Economics).

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Rogério Ehrardt. Almedina: Coimbra, 1981.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

_____. *Administrative Law*. 2ª ed. Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1984. (A Casebook).

SOUTO, Marcos Jurena Villela. "Agências reguladoras". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. Abril/junho de 1999. V. 216. p. 125-162.

SPAGNUOLO, Massimiliano. "La semplificazione amministrativa. La delegificazione". www.dirittoitalia.it/Dottrin/index_dirittoamministrativo.htm.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997.

TÁCITO, Caio. "A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. Janeiro/março de 1999. V. 215. p. 01-07.

VIANNA, Gaspar. "A exploração dos serviços de telecomunicações na Constituição brasileira". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. Abril/junho de 1996. V. 204. p. 145-161.

WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 9ª ed. Paris: Éditions Sirey, 1963.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. 6ª ed. Milão: Dott. A. Giufrè, 1958. V. 3.