

**A DISCRICIONARIEDADE
TÉCNICA DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS E
A SEGURANÇA JURÍDICA DOS
ADMINISTRADORES**

Recebimento do artigo: 30/08/2008

Aprovado em: 09/12/2008

Bernardina Ferreira Furtado Abrão

São Paulo, São Paulo, Brasil

be.furtado@terra.com.br

Doutoranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direitos Fundamentais pelo UNIFIEO. Professora nos Cursos de Pós-Graduação do UNIFIEO e de Graduação da FACAMP. Advogada.

***Paulo de Tarso Siqueira Abrão
(Orientador)***

São Paulo, São Paulo, Brasil

pauloabrao@terra.com.br

Mestre em Direitos Fundamentais pelo UNIFIEO. Professor nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação do UNIFIEO e de Graduação da FACAMP. Advogado.

Sumário

1 Introdução. 2 Problematização quanto às Agências Reguladoras. 3 O poder regulador. 4 O sistema regulado e a segurança jurídica. 5 A Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel. 6 Deslegalização e discricionariedade: a técnica da normatização administrativa na regulação. 7 Discricionariedade técnica e aplicação de sanções. O princípio democrático da proporcionalidade. 8 Considerações finais. 9 Referências.

Resumo

O presente artigo pretende verificar se a discricionariedade técnica como meio de atuar na regulação do mercado, por parte das Agências Reguladoras, pode reforçar – ao garantir aspectos técnicos na regulação – a segurança jurídica relativamente ao setor regulado e buscar maior proteção aos usuários dos serviços públicos. Para tanto, partirá da análise da Consulta Pública nº 847/2007 da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, levando em consideração alguns parâmetros e critérios utilizados na aplicação das sanções administrativas.

Palavras-chave

Agências Reguladoras. Discricionariedade. Regulação do mercado.

Abstract

The present article intend to verify if the technical discretionary as a means of performance in the regulation of the market, on the part of the Regulatory Agencies, can strengthen - when guaranteeing aspects technician in the regulation - the legal security relatively to the regulated sector and search greater protection to the users of the public services. For such, it will begin with an analysis of the Public Consultation nº 847/2007 of the “Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel”, taking into consideration some parameters and criteria used in the application of the administrative sanctions.

Key words

Regulatory Agencies. Discretionary. Market regulation.

1 Introdução

No presente trabalho verificaremos se a discricionariedade técnica como meio de atuar na regulação do mercado, por parte das Agências Reguladoras, pode reforçar – ao garantir aspectos técnicos na normatização – a segurança jurídica relativamente ao setor regulado, e buscar maior proteção aos usuários dos serviços públicos.

A fim de elucidar e abordar a discricionariedade técnica dos órgãos reguladores, faremos a análise da Consulta Pública nº 847/2007 da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, levando em consideração alguns parâmetros e critérios utilizados na aplicação das sanções administrativas.

Por isso, é importante salientar que este texto, destinado a avaliar questões atinentes às Agências Reguladoras, partirá da problematização que cerca o assunto tratado.

Tal metodologia será aqui empregada, na medida em que a abordagem ora empreendida é carregada de certas pendengas ainda não pacificadas, como poderemos verificar na breve explanação exposta a seguir.

Assim, em vez de nos atermos a aspectos históricos da formação do Estado e do surgimento da Administração Pública, a problematização será focada nos aspectos que entendemos ser os vetores não só das discussões atuais como de parte da análise aqui empreendida.

2 Problematização quanto às Agências Reguladoras

As Agências Reguladoras vieram suprir uma inadequação do modelo tradicional de Administração Pública, já que,

Sob o prisma da organização do aparato administrativo, o pluralismo da sociedade e do Estado faz com que este tenha definitivamente mitigado o caráter unitário que possuía nos oitocentos, que já começara a ruir com o advento dos entes locais autônomos e das entidades da administração indireta, sujeitos, no entanto, a uma tutela quase absoluta da Administração central¹.

Porém, e visivelmente, cada país desenvolve e cria legislação e critérios normativos obedecendo a indicadores constitucionais de pacto federativo, de competências legislativas e administrativas, dentre outros. Essa situação, portanto, remete-nos a uma análise sobre posicionamentos impregnados pela cultura política brasileira.

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras**: a evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 201.

Desse modo, uma análise inicial sobre questões que envolvam as Agências Reguladoras no Brasil, deve levar em conta o aspecto centralizador da federação brasileira que, de certa forma, ao anuir com a criação das agências, tenta, ao mesmo tempo, submetê-las ao jugo político das escolhas de seus dirigentes, e impõe, ou tenta impor, limites à ação da regulação autárquica, criando intransponível “área estratégica do Estado”. Área essa de competência exclusiva dos Ministros de Estado e da Presidência da República.

Não há dificuldade na visualização de tais questões.

Episódio ocorrido na Agência Nacional de Aviação Civil-Anac, tempos atrás – em que se colocava em dúvida se o Presidente da República poderia intervir na Agência para demitir a diretoria – teve no ministro Eros Grau um defensor quanto à intervenção presidencial, já que o Presidente da República, pela Constituição Federal, é o chefe da Administração Pública brasileira. Citando o artigo 84, inciso II, da Constituição Federal, o ministro explicou que as agências reguladoras são repartições públicas subordinadas à chefia da administração, e que esta pertence à Presidência da República.²

Noutra oportunidade o Vice-presidente, José Alencar, criticou a independência e a autonomia da Anac: “Eu sou contra a independência e a autonomia dessas agências. A autonomia é muito bonita quando você pode assumir a responsabilidade. Mas quando você, diante de um problema, transfere a responsabilidade para o presidente da República, isso não é bom.” E completou: “Agora, ela pode chamar agência, pode chamar secretaria, mas pertencendo a um ministério, para que ela seja, naturalmente, observada de perto pelo governo”.³

A citação dos posicionamentos de Eros Grau e do Vice-presidente da República, José Alencar, dá mostras do pequeno calvário político e jurídico pelo qual algumas mudanças no Brasil devem, obrigatoriamente, ter de passar.

Portanto, o papel das agências ainda está carecendo de debate ligado à sua autonomia, pois o vai-e-vem de posicionamentos, percebe-se, não cristalizou suficientemente o papel da regulação – no dizer de Diogo de Figueiredo Moreira Neto – “como instrumento de fortalecimento do Estado”.

Assim é que, dirigida a explorar as **vias consensuais** e não apenas as **impositivas**, a regulação inegavelmente contribui para reduzir o arbítrio estatal e para reaproximar os dois protagonistas da política

² Sobre esse assunto verificar na íntegra o posicionamento de Eros Grau, disponível em: <<http://www.direito2.com.br/tjce/2007/ago/6/stf-da-a-dica-lula-pode-demitir-diretoria-da-anac>>. Acesso em: 29 jun. 2008.

³ PEIXOTO, Paulo. Agência Folha, em Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u317710.shtml>>. Acesso em: 29 de jun. 2008.

– a Sociedade e o Estado – recriando o saudável *continuum* juspolítico pretoriano nos diversos âmbitos de sua atuação.

Do mesmo modo, o instituto da regulação atende à necessidade de **pluralizar as fontes normativas**, o que ocorre tanto na forma menos **desestatalizada** da auto-regulação, como na forma **estatalizada** da **hetero-regulação**, com o que atende direta, imediata, célere e proximalmente a **setores sensíveis das relações econômicas e sociais**.⁴ (grifos no original)

É com essa ainda incipiente “maturidade brasileira de regulação” que diversos aspectos normativos encontram resistência tanto nos posicionamentos centralizadores de algumas autoridades dos três poderes constituídos quanto de estudiosos do Direito, que vêem na regulação um distanciamento do democrático, criterioso e justo processo legislativo.

Dizemos isso porque boa parte das normas atinentes à regulação da área sob comando da agência nasce nos seus atos administrativos, como veremos ao longo dessa explanação.

3 O poder regulador

A regulação hoje representa um espaço privilegiado da discricionariedade⁵.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A regulação como instrumento de fortalecimento do Estado**. Exposição apresentada ao Fórum da ABAR – Associação Brasileira de Agência da Regulação – Uma década de regulação no Brasil – ocorrida no Rio de Janeiro, no dia 26 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.abar.org.br/legba/bancoDeMidia/arquivos/Diogo_10anos.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2008.

⁵ Sobre o tema da discricionariedade convém destacar o posicionamento da doutrina sobre a discricionariedade administrativa. Afirma Cretella Júnior que “Se cada vez que o administrador, ao pronunciar-se, tivesse de circunscrever-se a regras minuciosas que lhe regulassem os menores movimentos, vinculando-o ponto por ponto, estaria implantando o mais pernicioso dos automatismos. Teleguiada por normas imutáveis condicionantes, a máquina administrativa iria funcionar antes ou depois do momento propício, adiantada ou em atraso, quando a ação do Estado não mais teria razão de ser. Haveria permanente descompasso entre a *vida* e a *vida jurídica*, entre o *fato do mundo* e o *ato administrativo*”. (CRETELLA JÚNIOR, J. *Ato administrativo: a tridimensão da discricionariedade*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, v. 119, p. 33-39, jan./mar. 1975). Já Caio Tácito entende que: “A Administração encontra, assim, no processo de sua realização, um campo de livre desenvolvimento, no qual lhe é facultada a seleção da maneira de agir. Subordinado sempre à *legalidade* de sua atuação, é lícito ao administrador se orientar livremente com referência à oportunidade e à conveniência dos atos administrativos. Esta capacidade de autodeterminação representa o *poder discricionário* do Estado, que se exaure plenamente no setor administrativo, não podendo ser objeto de consideração jurisdicional. **A oportunidade do ato poderá, em certos casos, ser reexaminada pela própria Administração; em nenhuma hipótese poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário, que, nessa matéria, está impedido de se manifestar.**” (grifamos) (TÁCITO, Caio. *Poder vinculado e poder discricionário; vinculação e discricionariedade administrativa; controle dos motivos do ato administrativo*. **Temas de Direito Público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 316). Bandeira De

Evidentemente, a segurança jurídica é maior quanto mais objetivos forem a lei e o sistema. Sabemos que quanto maior a discricionariedade trazida pelo sistema, maior também será o grau de imprevisibilidade e, portanto, maior a insegurança jurídica.

Mas, sabemos, também, que a discricionariedade é necessária diante de sociedades complexas, cujas necessidades coletivas são sempre e cada vez mais crescentes e infinitas. Por isso, compartilhamos do entendimento de Maria Sylvania Zanella Di Pietro para quem a discricionariedade administrativa é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração Pública⁶, para que ela possa atender aos reclamos sociais.

Um sistema frágil combinado com ampla margem de discricionariedade administrativa acarreta déficit de segurança jurídica, que se mostra mais grave em alguns setores. Se tomarmos o de telecomunicações, verificaremos que a intervenção estatal se faz necessária e, às vezes, demanda perspectiva de longo prazo. Nessa área enfrenta-se certa dicotomia: a não intervenção traz falhas de mercado que, se chegar ao limite, podem colapsar o próprio mercado; por outro lado, a intervenção estatal incontida tem potencial de zerar o mercado, absorvendo o setor para o mundo estatal.

Assim, existem segmentos da atividade econômica que exigem intervenção do Estado, porém sem exacerbação centralizadora para que não seja inviabilizada. Para tanto, é necessário conciliar os seguintes fatores: a) necessidade de intervenção; b) impossibilidade de limitar *a priori* a incidência dessa intervenção; c) necessidade de segurança jurídica com previsibilidade e estabilidade no ambiente; d) eficiência dessa intervenção dentro de um cenário de complexidade técnica considerável.

Mello conceitua a discricionariedade como “a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 48). Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro a discricionariedade administrativa poder ser definida como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”; e complementa: “[...] a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis”. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67-68.)

⁶ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**, p. 67.

328 Desse modo, havendo necessária e desejável adequação entre discricionariedade e regulação, há ganho em segurança jurídica, pois o sistema torna-se conhecido e previsível, logo menos inseguro.

O desafio da discricionariedade é ter maior resultado do que a norma pode ter, e ainda gerar segurança jurídica. A pergunta que se pode formular para reflexão é: como conciliar a segurança jurídica com a discricionariedade?

Um primeiro ponto está em que a discricionariedade exercida pelo órgão regulador deva ter previsão de regulação normativa na Constituição Federal e, segundo, que tais previsões normativas obedeçam a critérios técnicos e específicos. Isso é fundamental para assegurar segurança jurídica nas relações da Agência com os regulados e com os usuários.

Sobre essa questão, convém destacar a advertência de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Com relação à Anatel e à ANP, pode-se reconhecer sua função normativa, porque se trata de entidades previstas na Constituição como órgãos reguladores. Ocorre que não há qualquer definição de órgão regulador ou dos parâmetros a serem observados pelo legislador; os dispositivos constitucionais remetem a disciplina da matéria à lei. Será que isto significa que os órgãos reguladores podem estabelecer normas com a mesma força de lei? Ou podem exercer o poder regulamentar semelhante ao que é exercido pelo chefe do Poder Executivo?

[...] Como *novo tipo de direito* pode ser baixado pelas agências, desde que resulte de negociação, de consenso, de participação dos interessados. É um direito a que falta a característica da imposição unilateral de regras de conduta.

[...] É um tipo de direito que pode ser baixado pelas agências brasileiras, exatamente porque resulta de negociação com os interessados. Mas deve colocar-se em nível hierárquico inferior às normas estatais, inclusive aos regulamentos baixados pelo Chefe do Poder Executivo.

[...] Outra conclusão a que chegamos no referido trabalho parte da distinção entre os *atos normativos propriamente ditos*, que ditam regras de conduta futuras, com caráter de generalidade e abstração, à semelhança da lei, e os *atos normativos de efeitos concretos*, ou seja, os atos que, formalmente, apresentam-se como atos normativos, mas que, quanto ao conteúdo, são verdadeiros atos administrativos, porque decidem casos concretos. À medida que as agências vão se deparando com situações irregulares, com atividades que quebram o equilíbrio do mercado, que afetam a concorrência, que prejudicam o serviço público e seus usuários que geram conflitos, elas vão baixando atos normativos para decidir esses casos concretos.

[...] Outra possibilidade que se reconhece às agências é a de, por meio de atos normativos, interpretar ou explicitar conceitos indeterminados

contidos nas leis e regulamentos, especialmente de natureza técnica.

[...] Outra função das agências, em termos de normatização, é de definir as cláusulas regulamentares dos contratos de concessão, com a possibilidade de alterá-las unilateralmente, por motivo de interesse público.⁷

Vê-se que a autora acima citada admite que a Anatel possa criar direitos nos contratos, algo que, há alguns anos seria impensável, já que os direitos oriundos dos contratos administrativos não nasciam de suas cláusulas, mas da lei. Principalmente em relação àquelas de alteração unilateral (cláusulas exorbitantes) que só poderiam gerar tais direitos com prerrogativas para a Administração, se decorrente de texto expresso em lei.⁸

Ainda, no tocante à discricionariedade técnica, importante destacar as lições de Floriano de Azevedo Marques Neto ao configurar a moderna regulação:

A Lei que institui uma agência reguladora e define os quadrantes da regulação setorial atribui competências de intervenção no setor regulado com vistas ao atingimento dos objetivos das políticas públicas setoriais. Certo é que o manejo do que, outra feita, chamei de política regulatória, dependerá de escolhas, de decisões tomadas com relativa margem de discricionariedade pelo regulador.⁹

4 O sistema regulado e a segurança jurídica

A noção de sistema regulado ou ordenamento setorial¹⁰ – estruturado a partir de um recorte que o sistema jurídico faz sobre o setor da economia – pode ser visto como resultado da percepção do Estado da impotência de seus mecanismos regulatórios tradicionais.¹¹

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 196-197. Tal advertência foi exposta primeiramente no trabalho sobre *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*, e reproduzida na obra **Parcerias na Administração Pública**.

⁸ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 213.

⁹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Discricionariedade e regulação setorial – o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 576.

¹⁰ Sobre esse tema mister verificar as obras: ROMANO, Santi. **Corso di Diritto Amministrativo**. Padova: CEDAM, 1937. GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1993.

¹¹ De acordo com Alexandre Santos de Aragão, “Não era mais possível atuar satisfatoriamente sem encarar com agilidade e conhecimentos técnicos específicos a emergente realidade sócio-econômica multifacetária com a qual se daparara”. (**Agências reguladoras: a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 179)

As mudanças ocorridas na sociedade, principalmente em determinados setores da economia, decorrentes do impacto tecnológico, obrigam os operadores do Direito a trabalhar com a existência de subsistemas jurídicos. Esses subsistemas são pautados por princípios, conceitos e estruturas hierárquicas, já que fazem parte do ordenamento jurídico estabelecido. Mas para que seja possível compreender a idéia desses subsistemas é necessário o despojamento de preceitos tradicionais do Direito público.¹²

O conceito de *ordenamento setorial* vem a ser “toda entidade autônoma reguladora de determinado setor social ou econômico, a cuja estrutura o respectivo conjunto de normas jurídicas e de indivíduos participantes adere”.¹³

Assim, um sistema regulado – o *ordenamento setorial* – do setor econômico, por exemplo, tem como características: a) lógica econômica própria; b) conjunto de atores identificáveis e inter-relacionados; c) interesses comuns, mesmo que não sejam coincidentes; d) relação de dependência permanente e perene e não meramente episódica.¹⁴

Convém ressaltar que, como há nesses subsistemas jurídicos o estabelecimento de *standards* ou parametrização, torna-se mais fácil verificar jurisprudência relativa ao assunto pesquisado, seus objetivos, sua finalidade, o que acarreta maior possibilidade de controle¹⁵ e, conseqüentemente, segurança jurídica.

¹² Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 301-302.

¹³ Alexandre Santos de Aragão formula o conceito acima a partir das lições de Santi Romano. **Agências reguladoras: a evolução do Direito Administrativo Econômico**, p. 193.

¹⁴ Alexandre Santos de Aragão esclarece que “Os ordenamentos setoriais incidem sobre os indivíduos ou empresas que pretendem desenvolver determinada atividade e que, para desenvolvê-la, necessitam de um prévio ato ou contrato administrativo que as habilitem, como autorizações, licenças, permissões e concessões. Emitidos estes atos administrativos ou celebrados os contratos de concessão, ao mesmo tempo em que passam a poder desenvolver a atividade visada, são imersos no ordenamento setorial a ela concernente e, conseqüentemente, submetidas ao poder regulatório do órgão ou entidade respectiva”. (**Agências reguladoras: a evolução do Direito Administrativo Econômico**, p. 197.)

¹⁵ Floriano de Azevedo Marques Neto explica que “As leis que prevêm a atuação de órgãos reguladores costumam prescrever cláusulas genéricas de competência para disciplinar atuação dos regulados. Estas normas legais raramente preceituam no detalhe e com precisão os critérios e as formas como poderá o regulador, em concreto, interferir na esfera de direitos dos agentes econômicos que atuam no setor regulado. Estas leis prescrevem competências amplas aos reguladores, deferindo-lhes largas margens de discricionariedade. A partir do momento em que a Agência reguladora edita um regulamento de execução, prescrevendo como – no exercício de suas competências de coibir condutas dos regulados ou de condicionar os direitos destes – deverá atuar, resta automaticamente reduzida a margem de discricionariedade. Existindo uma norma regulamentar, por ela mesma editada, dizendo quando, como, com que intensidade e com que critérios deverá atuar, não mais poderá ela fugir desses padrões de atuação argumentando que

As Agências Reguladoras acabam por ser portadoras de discricionariedade, porque fazem parte desse sistema regulado e possuem a necessária especialidade técnica. Essa discricionariedade, devido ao aparato técnico, possibilita às agências exercer o poder decisório que não se confunde com a capacidade dada pela lei para aplicar o comando legal no caso concreto.

Há, nesse caso, margem de discricionariedade inclusive para construir arcabouço regulatório para o setor regulado, muitas vezes, remotamente estabelecido pela lei, mas determinado pelo Administrador.

Importante esclarecer que não se trata apenas de discricionariedade por causa da capacidade técnica, mas uma quase delegação por ser, a Agência Reguladora, braço estatal dentro do subsistema regulatório.

Essa discricionariedade ocorre: a) mediante previsão da criação do órgão regulador na Constituição Federal (quanto à Anatel, art. 21, XI); b) mediante expressa delegação, ou seja, competência para agir concedida pela lei (exemplo: art. 18, inciso I da Lei 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações; competência do Presidente da República mediada pela Agência Reguladora devido à cambialidade do setor de telecomunicações); c) por uma omissão expressa do legislador de regram determinado tema (silêncio veemente do regulador); nesse caso podemos citar o art. 214, inciso III da lei referida acima, que deixa de disciplinar gerando propositadamente uma deslegifcação¹⁶; e) franqueamento da lei – opções de comportamentos possíveis; f) indeterminação dos enunciados normativos, ocorrendo assim, o recurso a conceitos técnicos, científicos, e à utilização de conceitos valorativos.

Por fim, importante frisar que não é a discricionariedade técnica apenas que autoriza a conferência de discricionariedade ao regulador. A discricionariedade técnica é apta a justificar não só a transferência de liberdade de decisão do regulador, mas apenas a atribuição de margem de autonomia baseada em critérios técnicos e científicos.

Assim, a discricionariedade técnica justificaria apenas a abertura da norma legal, atrelada aos conceitos técnicos e científicos; daí porque Massimo Severo Giannini entende que a discricionariedade técnica é um termo equivocado, pois nada tem de discricionário.

a lei lhe dera margens de escolha discricionária. Mesmo em se tratando de discricionariedade técnica, a edição de uma norma geral preceituando os standards dessa servirá para, com força de lei, restringir a prerrogativa antes detida para fazer escolhas diante do caso concreto.” (Discricionariedade e regulação setorial – o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 583.)

¹⁶ O legislador retira a lei do sistema, revogando-a, e deixa um vácuo para que o órgão de competência infralegal discipline o tema.

Floriano de Azevedo Marques Neto defende a idéia de que “a regulação exercida por órgãos autônomos (Agências Reguladoras Independentes) acaba por se configurar como menos discricionária do que a atividade estatal exercida pelo geral dos órgãos públicos”.¹⁷ Complementa seu raciocínio dizendo que: “[...] a moderna regulação estatal, ao par de envolver transferências de fortes margens de discricionariedade às agências, implica verdade na introdução de mecanismos que tendem a reduzir a atuação discricionária”.¹⁸

Portanto, essa margem de discricionariedade não é absoluta.

Explica o autor que:

Além daquelas restrições ditas pela Lei, a discricionariedade destes entes reguladores encontra anteparos em três planos, a saber: i) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; ii) o princípio da vedação ao *non liquet* entendido não só como a vedação ao não decidir como também a interdição à desconsideração das pautas decisórias constantes da própria regulação; e iii) a efetiva limitação da discricionariedade auto-imposta pelo regulador ao regulamentar sua atividade, quando edita normas predizendo como se dará o exercício das suas competências em concreto.¹⁹

Assim, passamos a abordar os mecanismos de limitação da discricionariedade pela lei:

- 1) Delimitação legal dos standards, ou seja, dos limites objetivos, dos parâmetros para o exercício da regulação. Estamos aqui diante do poder discricionário tencionado, que encontra demarcações do ponto de vista da lei. Tais parâmetros devem ser preenchidos pelo Administrador/Regulador a fim de atribuir aos regulados direito subjetivo de obter a regulação. Aliás, direito esse que pode ser antagonizado pelo administrador face ao Administrador. Ou seja, desses standards surgem direitos subjetivos aos usuários, que são os destinatários finais da prestação do serviço regulado.
- 2) Obrigatoriedade do exercício da competência regulatória – ao fixar com exclusividade a competência para regular um dado setor, a lei restringe a liberdade do regulador, criando um dever positivo de agir. Isso impede que o regulador deixe de atuar (margem parametrizada de discricionariedade).

¹⁷ Discricionariedade e regulação setorial – o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 569.

¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 603.

¹⁹ Discricionariedade e regulação setorial – o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial, p. 603.

Já em relação aos limites procedimentais da atividade regulatória, podemos destacar quatro vetores:

1) Submissão à processualidade administrativa – dever de inserir a decisão de cunho discricionário dentro do processo. Isso serve para: a) ampliar no processo administrativo o espectro de motivação; b) introduzir no processo administrativo a presença do interessado como parte da decisão, já que ele traz para o processo todos os elementos que deverão se considerados por quem vai decidir, ainda que seja para negar; c) ao se inserir a manifestação da discricionariedade no processo criam-se parâmetros de controle; d) a decisão tomada no processo administrativo escancara o processo cognitivo da atividade reguladora.

Importante ressaltar que esse processo cognitivo, base à motivação da Agência, é fator preponderante para que o administrado possa defender seus direitos em face do abuso ou do arbítrio do administrador público.²⁰

2) Submissão a deveres de publicidade e de participação (permeabilidade) – realização de audiências públicas, consultas etc. Isso obriga a explicitude da motivação, construída no contraditório. Acarreta o envolvimento do administrado na própria razão de decidir.

3) Dever de motivação técnica das suas decisões – o regulador possui especialização e capacitação que obrigam a que ele dê motivação técnica às suas decisões. A manifestação do regulador no exercício de sua capacidade de fazer política tem de ser justificada com fundamentação técnica para adoção dessa ou daquela medida.

4) Autolimitação²¹ ditada por sua ação normativa. Nesse tópico podemos elencar dois fundamentos:

²⁰ Nos dizeres de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Na vivência prática dos direitos fundamentais, é o Poder Executivo, ou melhor, o administrador público que tem o papel de vilão. E isto alcança a todos, dos mais altos – o chefe do Poder, os Ministros –, até os menos elevados na hierarquia, como o policial e outros agentes. De fato, são eles que encarnam esse Poder que prende, censura, confisca, nega matrícula na escola, ou ingresso no hospital, não raro conspurca o meio ambiente... ou seja, viola as liberdades públicas, não satisfaz os direitos sociais, não respeita os direitos de solidariedade”. (**Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 83.)

²¹ “Em verdade, está no próprio exercício das competências normativas das agências um dos principais fatores de redução da discricionariedade destes reguladores. Isto porque a saudável edição de regulamentos (atos gerais e abstratos, de caráter normativo) prescrevendo as condições, critérios, conceitos e parâmetros que o regulador adotará ao editar atos concretos no exercício de suas competências, antes de afrontar o princípio da legalidade, confere uma maior estabilidade à regulação na medida em que a edição destas normas serve para autolimitar a discricionariedade do regulador.” (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Discricionariedade e regulação setorial – o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 603.)

- a) formal/processual: no mais das vezes as regras da atividade normativa do regulador fixam procedimentos para uma norma e não para um ato concreto;
- b) hierarquia material entre o ato normativo do regulador e o ato concreto gerando:
 - b1) a prevalência do primeiro sobre o segundo, decorrente de hierarquias distintas: poder normativo delegado pelo Poder Legislativo, já que o ato concreto é competência originária do Poder Executivo. O ato normativo tem maior densidade, porque tem caráter de abrangência *a priori* sobre o ato concreto;
 - b2) decorre de certa leitura da teoria dos poderes implícitos. Assim, se a lei deu competência para agir, implicitamente deve ter dado os poderes implícitos (confiança legítima, discricionariedade);
 - b3) caráter geral e abstrato, próprio da norma, favorece a observância do princípio da impessoalidade.

5 A Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel

O órgão regulador para o setor de telecomunicações foi previsto no art. 21, inciso XI da Constituição Federal (CF), com redação determinada pela Emenda Constitucional (EC) 8/1995.

A Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações e previu sua criação e funcionamento, regulamentando o artigo da Constituição.

Já no art. 1º da lei ordinária deve ser ressaltado que o texto prevê o “órgão regulador” como aquele que organiza e explora os serviços de telecomunicações. É de se observar que tal organização inclui, sob mandamento do Parágrafo único do artigo, “o **disciplinamento e a fiscalização** da execução, da comercialização e do uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações...” (grifamos)

A Lei cria a agência como autarquia especial, caracterizada por sua “... independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”. Deve ser notada a extensa lista de competências da agência, prevista no art. 19 da lei, e as poucas atribuições do Poder Executivo no anterior, o art. 18.

Desse modo o art. 19, com grande número de incisos, coloca em seu *caput* que a Anatel adotará as medidas necessárias para o **atendimento do interesse público...**

“atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade”..., reproduzindo os princípios do art. 37 da CF.(grifamos)

Seu Conselho Diretor será composto por cinco membros escolhidos pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal, e terão mandato fixo de cinco anos.

Assim a Anatel, por tudo isso e como órgão regulador autônomo, é criada para exercer também função normativa, impondo desse modo àqueles que estão sob a regulação da agência, os mandamentos necessários à consecução do interesse público. A leitura dos incisos IV, X, XII e XIV, do art. 19 da Lei 9.472/97 indicam tal encargo.

Portanto, a regulação da área de telecomunicações, no que tange à normatização na busca do interesse público, e desde que obedecidos aos princípios elencados na lei que criou o órgão é feita pela própria Agência Reguladora, no que pode ser denominado como “deslegalização”.²²

6 Deslegalização e discricionariedade: a técnica da normatização administrativa na regulação

A competência normativa da Agência Reguladora é um dos aspectos a nortear uma ação célere. Tal ação, entretanto, obedece aos critérios técnicos desejados para a regulação do campo de atuação.

Diz-se isso porque a tradição brasileira respeita que possamos fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude da lei (Art. 5º, II, CF), a chamada obediência à reserva legal.

Muito se discute sobre esse aspecto, já que, em tese, qualquer normatização que obrigue a um fazer ou a um não fazer, deve obedecer a um processo legislativo. Formase o paradoxo: norma que busque o interesse público, como é o caso da normatização empreendida pelo órgão regulador poderia, nesse caso, nominar-se deslegalização?

Odete Medauar, citando Pizzorusso²³, assevera que a deslegalização é

²² Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca duas hipóteses de deslegalização que foram incluídas nas Constituição Federal pelas Emendas 8/1995 e 9/1995, que prevêm, respectivamente, a instituição de um órgão regulador autônomo para exercer funções normativas sobre os serviços de telecomunicações (art. 21, XI), conforme já dissemos acima; e a criação de um órgão regulador autônomo para exercer funções normativas sobre o monopólio do petróleo da União (art. 177, § 2º, III). (**Mutações do Direito Administrativo**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 223.)

²³ Nota da autora: PIZZORUSSO, Alessando. Delegificazione. **Enciclopedia del Diritto** (aggiornamento), 1999, p. 492-495.

[...] ‘a intervenção legislativa destinada a permitir que matéria até então disciplinada mediante uma fonte legislativa venha a ser disciplinada mediante fonte regulamentar, revogando-se a disciplina legislativa com a entrada em vigor da disciplina regulamentar ou restringindo-a a simples indicação de princípios que devem nortear o regulamento’; ‘tem por objetivo aliviar a massa de matérias disciplinadas por lei e em adotar disciplina mais orgânica e mais facilmente gestionável, seja na aplicação, seja na alteração’.²⁴ [...] Aventa-se também um sentido mais amplo de deslegalização, **para abranger tanto as reservas de matérias para a fonte regulamentar**, quando a atribuição de poderes normativos a entes territoriais ou a agências reguladoras (denominadas na Europa de autoridades independentes).²⁵ (grifamos)

Adiante, arremata:

A regulação, no atual contexto, abrange: **a edição de normas; a fiscalização do seu cumprimento**; a atribuição de habilitações (p. ex.: autorização, permissão, concessão); **a imposição de sanções**; a mediação de conflitos (para preveni-los ou resolvê-los, utilizando variadas técnicas, p. ex.: consulta pública, audiência pública, celebração de compromisso de cessação e compromisso de ajustamento). Não se inclui necessariamente na atividade regulatória a fixação de políticas para o setor, mas seria viável a contribuição das agências para tanto, com a participação de representantes de todos os segmentos envolvidos.²⁶ (grifamos)

Percebe-se que a autora no primeiro trecho citado não afirma categoricamente que a reserva legal transfere-se para a regulamentar, mas escreve “abrangência” de matérias para a fonte regulamentar.

Diogo Figueiredo de Moreira Neto nos traz conceito de deslegalização usando as palavras de Gianmario Demuro:

‘a transferência da função normativa (sobre matérias determinadas) da sede legislativa estatal a outra sede normativa²⁷, que pode ser adotado para a compreensão do processo em curso no ordenamento jurídico brasileiro com relação à administração dos interesses públicos.²⁸

Desse modo, a normatização reguladora, ou de disciplina regulamentar, poderia ser considerada uma exceção ao princípio da reserva legal, porém desde que obedecidos requisitos mínimo norteadores de segurança jurídica. E um deles seria a discricionariedade técnica.

²⁴ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 250.

²⁵ MEDAUAR, Odete, op. cit., p. 251.

²⁶ MEDAUAR, Odete, op. cit., p. 257.

²⁷ Nota do autor: “*Trasferimento della funzione normativa (su materie determinate) dalla sede legislativa statale ad altra sede normativa*”. DEMURO, Gianmario. **Le delegificazione: modelli e casi**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 24.

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, p. 219.

Distante, portanto, do conceito clássico de que os atos de pessoas jurídicas, oriundos da descentralização, pudessem ser revogáveis pelo Estado²⁹, a deslegalização impõe novos rumos na normatização, transferindo da esfera legal para fonte regulamentar parte da matéria que outrora coube à lei, e que agora, por deveres de complexidade da sociedade contemporânea e da celeridade da busca do interesse público na prestação dos serviços, cabe ao ato administrativo.

7 Discricionariedade técnica e aplicação de sanções O princípio democrático da proporcionalidade

Como característica essencial, o órgão regulador possui independência que não o subordina hierarquicamente a qualquer outro da Administração direta. A Lei 9.472, que cria a Anatel, traz tal previsão no art.8, § 2º.

É certo, portanto, que na busca do interesse público, as ações que visem à disciplina e à fiscalização na tentativa da implantação e do funcionamento das redes de telecomunicações estão adstritas ao que é denominado de normatização na busca do interesse público, feita pela própria Agência Reguladora.

Desse modo, como fonte regulamentar, a Agência Nacional de Telecomunicações desempenha seu papel constitucional e legal **normatizando, fiscalizando e impondo sanções**, como exige seu Regulamento e na proposta de sua alteração, objeto da consulta pública 847/2007.

Se levarmos em conta que a imposição da sanção é o elemento final e pacificador das ações subordinadas à normatização, a verificação de qualquer procedimento irregular, ou de um ilícito, esbarra em outra questão, a chamada atipicidade da infração no Direito Administrativo.

José Cretella Júnior coloca a questão assim:

*A falta disciplinar é atípica; a infração penal é típica.[...] Com efeito, nota-se extraordinária diferença entre o ilícito administrativo e o ilícito penal; este último tem contornos precisos, disciplinados por um texto legislativo a que se dá interpretação restritiva. Faltando uma só das conotações legais, o ilícito penal não se caracteriza. Em matéria disciplinar, esta precisão não existe deliberadamente: **deseja-se larga margem de discricionariedade ao administrador** para que possa atingir, pela repressão disciplinar, toda a infração aos deveres e obrigações do funcionário, sejam quais forem, mesmo as faltas cometidas fora do serviço quando repercutem sobre a honra a considerações do agente e são suscetíveis, pela ressonância, de refletir-se no prestígio da função*

²⁹ Cf. LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7 ed. revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 398.

pública. A *infração disciplinar* é *atípica*, ao contrário da *infração penal* que é *típica*.³⁰ (grifamos)

Na mesma obra, citando Caio Tácito³¹, aduz em complemento que:

Não há, em matéria disciplinar, a exigência de definição legal da falta que se caracteriza, *in genere*, como violação dos deveres funcionais, a serem explicitados em **atos regulamentares ou administrativos**.

A ausência de tipicidade nas faltas disciplinares não indica, contudo, que a ação administrativa se realiza em caráter arbitrário ou injurídico. A lei estabelece critérios dentro dos quais se gradua a responsabilidade disciplinar, aferida, ainda, à luz de princípios gerais de direito.³² (grifamos)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também traduz esse pensamento ao dizer que

Ao contrário do direito penal, em que a tipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual não há crime sem lei que o preveja (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), no direito administrativo prevalece a atipicidade; são poucas as infrações descritas na lei, como ocorre com o abandono de cargo. A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como “falta grave”, “procedimento irregular”, “ineficiência no serviço”, “incontinência pública”, ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as conseqüências para o serviço público.

Por isso mesmo, na punição administrativa, a motivação do ato pela autoridade julgadora assume fundamental relevância, pois é por essa forma que ficará demonstrado o correto enquadramento da falta e a dosagem adequada da pena.³³

Pois bem, é fato que a discricionariedade está de há muito no enquadramento (atipicidade) e na motivação da sanção disciplinar da Administração Pública. Porém, as agências reguladoras ultrapassaram o conceito de regulação entendido como **mera regulação das atividades econômicas atribuídas ao Estado**.

Novamente Maria Sylvia Di Pietro nos dá visão esclarecedora do papel das agências reguladoras ao afirmar que

No direito brasileiro, começou-se a falar em regulação e em agências reguladoras com o movimento de Reforma do Estado, especialmente quando, em decorrência da privatização de empresas estatais e in-

³⁰ CRETILLA JÚNIOR, José. **Prática do processo administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999, p. 84.

³¹ Nota do autor: TÁCITO, Caio. Poder disciplinar e defesa. **RDA**, n. 37, p.347-348.

³² CRETILLA JR., José. **Prática do processo administrativo**, p. 85.

³³ **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 589.

trodução da idéia de competição entre concessionárias de serviços públicos, entendeu-se necessário “regular” as atividades objeto de concessão a empresas privadas, para assegurar a regularidade na prestação dos serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência. (...) Inicialmente, elas começaram a ser criadas para regular atividades econômicas atribuídas ao Estado, com ou sem natureza de serviço público, sendo objeto de concessão, permissão ou autorização.³⁴

Assim, um papel que no começo tangia a regulação econômica, transformou-se em função normativa, e no caso concreto da Anatel, com previsão constitucional. (Cf. art. 21, inciso XI).

A Agência Nacional de Telecomunicações, portanto, possui função normativa, assim como a ANP porque são entidades previstas na Constituição como órgãos reguladores.

Diante desse quadro, no qual a discricionariedade é fator essencial à sanção administrativa, e o fato de ser a Anatel, por força de previsão constitucional, órgão regulador, não é difícil concluir que sua função normativa – que encontra respaldo na própria Constituição Federal – submete atos que disciplinam ações, parâmetros técnicos de verificação e critérios utilizados na motivação e na aplicação da sanção.

A lei que institui a Anatel prevê, em seu art. 173, as sanções administrativas relativas à infração a seu texto, bem como à inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão. Pois bem, as sanções ali previstas são reproduzidas na proposta de regulamento sob consulta pública (847/2007), sem qualquer alteração.

A questão que se encontra no cerne deste texto, porém, implica verificar se a classificação das infrações, os parâmetros e critérios para a aplicação das sanções, e a substituição das sanções, que são competências reservadas à disciplina regulamentar, podem estar sujeitas a critérios objetivos, técnicos e justos, que não causem arbitrariedades em seu entendimento e aplicação.

Com esse cenário, resta evidente que classificar as infrações segundo sua natureza e gravidade em leve, média e grave importa dose de discricionariedade, na medida em que tal classificação leva a uma avaliação da conduta do agente e à gravidade do resultado, aliados a isso parâmetros relativos ao serviço explorado, abrangência dos interesses a que atendem, regime jurídico de exploração, e proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

A previsão de decisão fundamentada, no art. 4º da Proposta, é indicador de que a atipicidade do fato deverá ser bem avaliada para verificar sua classificação. Afinal, a diferença entre infração leve e média decorre da conduta involuntária ou escusável,

³⁴ **Parcerias na Administração Pública**, p. 176-177.

340 no primeiro caso, e inescusável no segundo. Bem se vê que a culpa (desculpável ou não) permeia a classificação.

De certo modo, como não pode haver presunção relativamente à culpa, o aplicador da sanção deve buscar prova da intenção da ação que se pretende punir e, aí sim, considerar os parâmetros indicados no art. 7º. Há, assim, um necessário encaideamento de atos, sem os quais a nulidade da sanção é clara.

Porém, convém verificar que muitas vezes o que pode ser escusado causa dano maior, ou mais sério, do que aquilo que não se escusa. Uma tentativa de sabotagem, ou de fraude não consumada, pode não redundar em prejuízo aos direitos de usuários. Mas uma ação determinada por avaliação duvidosa ou antecipada – uma intervenção numa concessionária, por exemplo – pode causar prejuízo à imagem da empresa prestadora do serviço, sem causar danos aos usuários.

De qualquer forma, a regulamentação sob análise traz uma tentativa de limitar a ação ou avaliação subjetiva da Anatel, impondo, no critério de avaliação, a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

De muitos autores³⁵ extraem-se os aspectos relevantes do princípio da proporcionalidade. Desse modo, é de compreensão que tal princípio constitui um dos limites da ação do poder público relativamente aos direitos individuais, mesmo porque diante de várias opções para aplicação da sanção, deve a autoridade coatora não ir além do que seja necessário para satisfazer o interesse público.

Por isso, em certa medida, a proporcionalidade contém, ou deveria conter, a aplicação da sanção nos limites da busca do interesse público e na proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

No caso da proposta da Anatel, interessante notar que “interesse público” foi substituído por “abrangência dos interesses a que atendem” (Art. 7º, III). Tal locução envolve hoje uma discussão que tem suas raízes no Direito Administrativo clássico, na medida em que “interesse público” num estado centralizador, de postura unilateral nas suas ações diferencia-se de um “interesse público” em que a Administração torna-se parceira da sociedade, buscando, pela via democrática da consulta, diminuir a extensão das prerrogativas que a colocavam num patamar de superioridade em relação aos administrados.

Desse modo, é de se supor que o texto da Proposta de Regimento, ora analisado, contém, pelo menos, parâmetros e critérios de atuação conceitual moderna, restando aos advogados, na defesa dos interesses de seus clientes, atenuar qualquer

³⁵ Ruy Cyrne Lima, op. cit., p. 304-308; Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 141; Maria Sylvania Zanella Di Pietro, **Direito Administrativo**, p. 113.

arbitrariedade que se afaste dos termos do Regimento.

Cuidados com expressões “interesses que atendem”, “conduta escusável”, dentre outros conceitos indeterminados, deverão ser discutidos com base nas previsões constitucionais de competência e de limitação às intervenções autoritárias nos direitos e nas garantias individuais.

Por último, não podemos deixar de mencionar que a Agência Reguladora, ao regulamentar determinados dispositivos de lei, autolimita-se ao regulamento criado por ela. Ora, se assim não fosse não haveria qualquer segurança jurídica ao regulado e também ao usuário. Dessa maneira, encerramos nossa explanação com as palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto:

Onde antes a lei conferia uma margem ampla de discricionariedade para a agência atuar, passa a haver uma vinculação ao conteúdo do ato normativo editado pela própria agência. Ou seja, o juízo discricionário exercido quando da edição do regulamento faz cessar a possibilidade de *in concreto* proceder a escolhas ou decidir de forma discrepante ao conceito, padrão ou critério no exercício da competência normativa.³⁶

8 Considerações finais

As Agências Reguladoras vieram suprir uma inadequação do modelo tradicional de Administração Pública.

A regulação hoje representa um espaço privilegiado da discricionariedade. Ela é necessária diante da complexidade e do modo de vida presente na sociedade atual, cujas necessidades coletivas são sempre e cada vez mais crescentes. Mas há que se tomar muito cuidado com o uso da discricionariedade dentro de um sistema jurídico, pois como se sabe a segurança jurídica é maior quanto mais objetivos forem a lei e o sistema. Ao contrário, quanto maior a discricionariedade trazida pelo sistema, maior também será o grau de imprevisibilidade e, portanto, maior a insegurança jurídica.

O desafio da discricionariedade é ter maior resultado do que a norma pode ter, e ainda gerar segurança jurídica aos administrados, respeitando direitos e garantias individuais diante da força do interesse público.

Frise-se que a discricionariedade técnica é apta a justificar não a transferência de liberdade de decisão do regulador, mas apenas a atribuição de margem de autonomia baseada em critérios técnicos e científicos. Assim, a discricionariedade técnica justificaria apenas o uso de uma regulação baseada na norma legal, desde que atrelada aos

³⁶ Discricionariedade e regulação setorial – o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial, p. 604.

342 conceitos técnicos e científicos, por isso Massimo Severo Giannini entende que a discricionariedade técnica é termo equivocado, por não ter nada de discricionário.

Diante da previsão constitucional da criação do órgão regulador de telecomunicações, e da lei que cria a Anatel, não é difícil concluir que sua função normativa submete os envolvidos nos atos que disciplinam ações, parâmetros técnicos de verificação e critérios utilizados na motivação e na aplicação da sanção.

Na proposta da Anatel, objeto de nossa análise sobre as sanções administrativas, nota-se que a locução “interesse público” foi substituída por “abrangência dos interesses a que atendem” (Art. 7º, III). Esses interesses “a que atendem” envolvem hoje um debate que tem suas raízes no Direito Administrativo clássico, na medida em que “interesse público” num estado centralizador, de postura unilateral nas suas ações, diferencia-se de um “interesse público” em que a Administração torna-se parceira da sociedade, buscando, pela via democrática da consulta, diminuir a extensão das prerrogativas que a colocavam num patamar de superioridade em relação aos administrados. Mas a discussão de tal tese será tema de outro trabalho.

Desse modo, é de se supor que o texto da Proposta de Regimento analisado contém, pelo menos, parâmetros e critérios de atuação conceitual moderna, restando aos advogados, na defesa dos interesses de seus clientes, atenuar qualquer arbitrariedade que se afaste dos termos do Regimento, com o intuito de assegurar os direitos dos administrados/regulados.

Cuidados com expressões “interesses que atendem”, “conduta escusável”, dentre outros conceitos indeterminados, deverão ser discutidos com base nas previsões constitucionais de competência e de limitação às intervenções autoritárias nos direitos e nas garantias individuais.

Não podemos deixar de mencionar que a Agência, na função normativa reguladora, também se autolimita ao próprio regulamento criado por ela.

Diante da abordagem proposta no texto, podemos concluir que quando a Anatel exerce sua atividade regulatória, e o faz com base em critérios técnicos e científicos, fazendo uso de sua discricionariedade técnica, gera maior segurança jurídica ao setor regulado (concessionária que explorará o serviço público) e por consequência ao usuário, destinatário final do serviço, que terá o direito de recebê-lo com tarifa acessível, e de maneira eficiente, segura e democrática, respeitando assim os princípios previstos na Constituição Federal e na lei de concessão de serviços públicos.

9 Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras: a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BANDEIRA De Mello, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CRETELLA Júnior, José. Ato administrativo: a tridimensão da discricionariedade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, v. 119, p. 33-39, jan./mar. 1975.
- _____. **Prática do processo administrativo**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GRAU, Eros. Disponível em: <<http://www.direito2.com.br/tjce/2007/ago/6/stf-da-a-dica-lula-pode-demitir-diretoria-da-anac>>. Acesso em: 29 jun. 2008.
- LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MARQUES Neto, Floriano Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. Discricionariedade e regulação setorial – o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial. In ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 569-604.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. A regulação como instrumento de fortalecimento do Estado. Exposição apresentada ao Fórum da ABAR – Associação Brasileira de Agência da Regulação – Uma década de regulação no Brasil – ocorrida no Rio de Janeiro, no dia 26 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.abar.org.br/legba/bancoDeMidia/arquivos/Diogo_10anos.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2008.

344 PEIXOTO, Paulo. Agência Folha, em Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u317710.shtml>>. Acesso em: 29 de jun. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TÁCITO, Caio. Poder vinculado e poder discricionário; vinculação e discricionariade administrativa; controle dos motivos do ato administrativo. **Temas de Direito Público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 315-336, v. 1.