Número 21 – fevereiro/março/abril - 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

DISCRICIONARIEDADE E PODER SANCIONADOR: UMA BREVE ANÁLISE DA PROPOSTA DE REGULAMENTO DA ANATEL

Vitor Rhein Schirato
Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
LL.M. em Direito Administrativo Econômico pela Universidade de Osnabrück, Alemanha.
Advogado em São Paulo.

I. Introdução e Metodologia a ser seguida

O presente trabalho presta-se a analisar determinados aspectos da discricionariedade administrativa verificados a partir de uma análise do conteúdo da Consulta Pública n° 847/2007, promovida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, com a finalidade de colher subsídios previamente à edição de novo ato normativo destinado a disciplinar os parâmetros e critérios destinados à aplicação de sanções e penalidades administrativas aos concessionários e permissionários de serviços públicos de telecomunicações, bem como aos autorizatários de atividades desenvolvidas no setor de telecomunicações, em razão do descumprimento de obrigações emergentes dos respectivos instrumentos de delegação ou autorização de atividades e da legislação vigente.

Preliminarmente, é imperioso ressaltar que não fará parte do presente trabalho uma análise da possibilidade, ante a ordem constitucional brasileira, da edição, por entidade integrante da Administração Pública, de atos normativos de conteúdo geral e abstrato, visto que tal tema não é diretamente relacionado ao tema que constitui o objeto deste estudo. Partiremos do pressuposto de que o poder normativo das agências reguladoras – ainda tão

controvertido no Direito brasileiro – é consentâneo com a ordem constitucional nacional e, portanto, plenamente admissível.

Isto posto, não faremos uma análise genérica do tema da discricionariedade administrativa em relação à proposta do ato normativo em questão, mas sim teremos foco na análise de alguns pontos específicos da teoria da discricionariedade administrativa deflagrados no ato *sub examine*. Tais pontos são: (i) o processo de auto-vinculação da Administração decorrente da edição de atos normativos no exercício de competência discricionária prevista na lei aplicável; (ii) a existência de níveis distintos de discricionariedade (lei e regulamento) e suas conseqüências; e (iii) as limitações existentes no exercício de competência discricionária, seja na aplicação da lei aplicável (em sentido formal), seja na aplicação do regulamento, ao lume das atuais concepções de legalidade e discricionariedade aceitas na hodierna Teoria Geral do Direito Administrativo.

Finalmente, para que a análise dos pontos acima mencionados seja possível, realizaremos brevíssima análise das fontes da discricionariedade administrativa no ordenamento jurídico (i.e., causas da existência de competência discricionária), a fim de colher subsídios à identificação de competências discricionárias na lei aplicável e no regulamento objeto do presente estudo.

II. Fontes e Extensão da Discricionariedade Administrativa

Tradicionalmente, na teoria geral do Direito Administrativo, verifica-se a existência de duas categorias distintas de normas: as normas que prevêem competências vinculadas do administrador público e normas que prevêem competências discricionárias. As primeiras significam normas que predicam apenas uma atitude possível do administrador público diante do caso concreto, isto é, verificada a ocorrência no mundo fático da hipótese normativa, não caberá ao administrador público outra ação, senão a aplicação da conseqüência normativa prevista em lei. De outra sorte, as segundas significam normas que, por algumas das razões abaixo elencadas, conferem ao administrador público a faculdade de eleger uma dentre mais de uma solução possível ao caso concreto.[1]

[1] Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, discricionariedade administrativa seria "*a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto segundo critérios de oportunidade e*

A discricionariedade administrativa poderá decorrer de quatro situações distintas, quais sejam: (i) conferência expressa pelo comando normativo de discricionariedade; (ii) lacuna da norma jurídica quanto aos critérios de ação do administrador público; (iii) previsão legal expressa de mais de uma ação possível ao administrador no caso concreto; e (iv) existência de conceitos jurídicos indeterminados[2] (i.e., conceitos fluidos, vagos, cuja precisa significação será dada no caso concreto pelo administrador) na hipótese normativa ou na conseqüência da ocorrência da hipótese, ou em ambas.[3]

Necessário advertir a evolução na noção de discricionariedade administrativa. Inicialmente, a doutrina segregava de forma absoluta os atos discricionários e os atos vinculados, com esteio no entendimento de que os atos administrativos discricionários não seriam sindicáveis ao controle jurisdicional naquilo que se refere ao mérito do ato (apreciação da conveniência e da oportunidade[4]), visto que a definição do mérito do ato administrativo seria competência privativa da Administração Pública, no exercício de função mais política do que jurídica.

É o que se depreende da seguinte consideração de Themístocles Brandão Cavalcanti:

> "*ato discricionário é todo aquele insuscetível de apreciação por outro poder que não aqueles que o praticou. Compreende, principalmente, de acordo com a doutrina dominante, uma esfera em que predomina o critério da justiça, conveniência ou oportunidade. Diz mais o interesse de que com o direito, e, por*

---

conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito". Cf. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 66.

[2] Importante mencionar que há considerável debate acerca da qualificação das hipóteses de existência de conceitos jurídicos indeterminados como hipóteses de existência de discricionariedade administrativa, havendo aqueles que sustentem a inexistência de caso de discricionariedade administrativa em razão de recaírem os conceitos jurídicos indeterminados na hipótese de incidência da norma, ao passo que a discricionariedade administrativa existiria apenas quanto à conseqüência normativa. Cf. MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14ª ed., Munique: C.H. Beck, 2002, p. 140.

[3] Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Discricionariedade e Regulação Setorial – O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial*, *in* ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 573. Noção semelhante é descrita por Celso Antônio Bandeira de Mello, cf. *Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 4ª tir., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 18 e ss.

[4] Cf. FAGUNDES, Miguel de Seabra. *O Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, *in* Revista de Direito Administrativo, vol. 23, janeiro a março de 1951, Rio de Janeiro: FGV, p. 2.

esta razão, mais de ordem política do que justiça, a discrição é o elemento que o caracteriza."[5]

Não obstante, a evolução das relações jurídicas, o crescimento contínuo da existência de competências discricionárias – como adiante se verá – e as constantes relativização e revisão por que passam as noções de tripartição dos poderes do Estado e de Princípio da Legalidade levam a uma constante alteração da noção de discricionariedade. Esta alteração da noção de discricionariedade apresenta como uma de suas conseqüências a alteração da concepção de insuscetibilidade dos atos discricionários ao controle jurisdicional, seja em razão do alargamento do conteúdo da legalidade, que passaria a incluir questões afetas apenas ao mérito, seja em razão do entendimento cada vez mais assente de que o uso da discricionariedade é vinculado à realização da finalidade prevista na norma criadora da legalidade, a qual não seria livremente definível pelo administrador público.

Neste sentido, afirma Hartmut Maurer, ao comentar o § 40 da Lei Alemã de Processos Administrativos (VwVfG):

> *"A discricionariedade não confere liberdade ou qualquer vontade à Administração. Não há 'discricionariedade livre' (...), mas apenas uma discricionariedade de dever, ou melhor: uma discricionariedade vinculada pelo Direito. Isto é previsto claramente no § 40 da lei de processos administrativos e nos respectivos regulamentos: a autoridade tem que (= é obrigada) 'a empregar esta discricionariedade para a finalidade da competência outorgada e a respeitar os limites da discricionariedade previstos em lei'. Se a autoridade não se ativer a esta vinculação ao Direito, tratar-se-á de discricionariedade errônea e, portanto, ilegal. Os tribunais administrativos podem aferir a observação desta vinculação jurídica da discricionariedade.*"[6]

Destarte, na análise das questões que compõem o cerne do estudo deste trabalho, partiremos do pressuposto de que a discricionariedade administrativa emerge de uma das quatro hipóteses acima mencionadas, bem como partiremos do pressuposto de que a discricionariedade administrativa está vinculada a uma determinada finalidade estabelecida pelo ordenamento jurídico (i.e., emana de um dever de atingir a finalidade legal).

---

[5] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 60.
[6] MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 136 (tradução nossa).

III. Auto-Vinculação da Administração Pública

Como sempre ocorreu, a conferência de discricionariedade decorre da impossibilidade de o legislador, na regulamentação das condutas sociais que constituem o objeto do Direito, prever *in abstracto* todas as condutas possíveis e imagináveis de ocorrência no mundo fático, sendo necessário conferir ao administrador público a liberdade de, diante do caso concreto, ter a liberdade de determinar qual a ação adequada para a realização da finalidade da lei.[7]

A conferência de competências discricionárias sempre constituiu exceção nos processos legislativos. A regra era a conferência de competências vinculadas. Entretanto, com a emergência de uma sociedade pluralista, cujo processo legislativo torna-se cada vez mais complexo e envolve uma gama cada vez maior de classes e categorias sociais, a previsão de competências vinculadas passa a ser cada vez mais difícil. O recurso a termos indefinidos e fluidos e a cláusulas genéricas na conferência de competências à Administração Pública para a regulação das condutas sociais passa a ser cada vez mais corriqueiro no processo legislativo, pois apenas desta forma passa a ser possível a conjugação de todos os interesses subjacentes ao processo legislativo e o encontro de acordo entre todas as classes e categorias sociais presentes em tal processo, o que deflagra, com freqüência cada vez maior, a conferência mais volumosa de competências discricionárias à Administração Pública.[8]

Neste contexto, o complexo processo legislativo, para ser possível em uma sociedade pluralista – nada comparável à sociedade oitocentista aristocrata que constitui ainda o paradigma de Estado de considerável parcela dos estudiosos do Direito Público – transfere à Administração Pública o poder de determinar a forma pela qual serão realizadas as finalidades públicas previstas nas cláusulas genéricas e nos termos fluidos constantes da lei (em sentido formal). E uma das formas de realização de tais finalidades passa a ser por meio do exercício de funções discricionárias de poder normativo.

---

[7] Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Os Poderes do Administrador Público*, Revista de Direito Administrativo – Edição Histórica, Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 329.
[8] Neste sentido, confira-se: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 115 e ss.

Vale dizer, parcela do debate dantes ocorrido no âmbito do Poder Legislativo é transferida para a Administração Pública, que passa a ser competente para, no exercício de competências discricionárias, estabelecer as regras que ditarão sua atuação. Há a conferência de discricionariedade para a criação de normas que se tornarão vinculantes à Administração Pública e, via de conseqüência, restringir a discricionariedade conferida pela lei.

Exatamente este é o caso da proposta de norma constante da Consulta Pública 847/2007. O artigo 173 da Lei n° 9.472, de 16 de julho de 1997, ciente da impossibilidade de previsão legal exaustiva da matéria de penalidades, determina, de forma genérica e principiológica, quais são as sanções às quais se sujeitam os agentes do setor de telecomunicações por infrações às obrigações legais, regulamentares e contratuais, bem como quais os parâmetros e princípios a serem observados pela ANATEL na aplicação de referidas sanções. Há clara conferência de discricionariedade à ANATEL, visto que a lei é silente quanto à forma de atuação da agência – impondo apenas limites negativos, tais como a vedação à aplicação de penalidades sem o devido processo administrativo (artigo 175) – e à dosimetria a ser adotada na aplicação das penalidades – determinando também de forma genérica limites negativos a serem observados, pautados pela proporcionalidade (artigo 176).

No exercício de tal competência discricionária, a ANATEL busca editar ato normativo que discipline as hipóteses de cabimento de cada infração, bem como a extensão das penalidades a serem impostas. O conteúdo da proposta de norma constante da Consulta Pública 847/2007 claramente limita a discricionariedade conferida pela Lei 9.472/97 à ANATEL na imposição de sanções e penalidades aos agentes do mercado de telecomunicações, implicando, portanto, em uma auto-vinculação da agência a ato normativo por ela mesma imposto.

É exatamente neste sentido o entendimento de Floriano de Azevedo Marques sobre o tema, afirmando o autor que:

> *"Ao editar uma norma geral estipulando os critérios que adotará no exercício de suas competências, contudo, o regulador estará reduzindo a margem de discricionariedade que tinha. Dito de outro modo, ao disciplinar*

normativamente (portanto, de forma geral e abstrata) os critérios, procedimentos e conceitos que adotará em uma determinada ação concreta, o regulador estará se vinculando ao conteúdo desta norma. O regulamento editado pelo regulador vincula-o, implicando a prática na autolimitação da margem de discricionariedade que antes lhe fora conferida pela Lei."[9]

Na análise da questão da discricionariedade e da vinculação da Administração Pública, é indiferente qual seja a norma a vincular a Administração Pública. Hierarquia das normas não é elemento a afastar a existência de competência vinculada. A corroborar tal entendimento, cabe mencionar que Celso Antônio Bandeira de Mello há muito menciona a função dos regulamentos no Direito Administrativo brasileiro de conter e disciplinar o exercício de competências discricionárias[10], em processo de auto-vinculação, em que pese tal nomenclatura não ser adotada pelo autor. Destarte, não há como haver qualquer questionamento acerca da existência de vinculação da ANATEL às normas por ela editadas, no exercício de competência discricionária conferida pela lei.[11]

IV. Duplo Nível de Discricionariedade

A análise do conteúdo da Lei 9.475/97 e da norma constituinte do objeto da Consulta Pública 847/2007 transparece a existência de duplo nível de discricionariedade[12] administrativa na atuação da ANATEL em matéria de imposição de sanções e penalidades. O primeiro grau – hierarquicamente superior – deflui exatamente dos artigos 173 e seguintes da Lei 9.472/97 e o segundo grau – hierarquicamente inferior – deflui, ainda, do próprio conteúdo do ato normativo a ser editado pela agência, posto que tal ato conserva, como se exporá, parcela de ação discricionária à agência, sem prejuízo da auto-vinculação tratada no tópico anterior.

IV.1. Discricionariedade na Lei 9.472/97

[9] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Discricionariedade e Regulação Setorial – O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial*, p. 582.
[10] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 326.
[11] Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Discricionariedade e Regulação Setorial – O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial*, p. 572.
[12] Fala-se aqui em duplo nível de discricionariedade tendo em vista a hierarquia das normas jurídicas, visto que a lei criadora da competência discricionária será aplicável ao ato normativo geral e abstrato e ao ato concreto exarado com esteio no ato normativo.

O artigo 173 da Lei 9.472/97 não estabelece competência discricionária da ANATEL no que concerne à escolha entre atuar ou deixar de atuar na imposição de penalidades aos agentes do setor de telecomunicações. Neste sentido, a dicção do *caput* de referido dispositivo é bastante clara ao afirmar que a *infração* ***sujeitará*** os agentes às penalidades lá descritas. Não há campo de apreciação conferido à ANATEL quanto à imposição ou não da penalidade cabível.

Nada obstante, há clara discricionariedade no que concerne ao *modus* de aplicação da sanção cabível. Em primeiro lugar, porque, salvo poucas exceções contempladas nos artigos 180 e 182, a lei não diz quando caberá a aplicação de uma ou outra sanção, apenas impondo o limite de atuação negativo da proporcionalidade (artigo 176). Em segundo lugar, porque é deixado ao critério da agência conduzir os processos sancionatórios da forma que se afigure mais conveniente e oportuna, sendo lícito à agência até mesmo optar pela cumulação de penalidades (multa e outra sanção, conforme artigo 179). E, em terceiro e último lugar, porque a lei, em determinados casos, vale-se de conceito jurídico indeterminado para prever a possibilidade de aplicação de sanções aos controladores das pessoas jurídicas infratoras, como ocorre no caso da noção de má-fé, prevista no artigo 177.

Verifica-se, assim, que os artigos 173 *et seq*. da Lei 9.472/97 contemplam duas das causas de discricionariedade mencionadas no item II acima, quais sejam, a lacuna legislativa quanto à forma de atuação da Administração Pública e a adoção de conceitos jurídicos indeterminados que deverão ser interpretados e dotados de concreção pela Administração Pública para aplicação ao caso concreto. Os comandos normativos contidos em referidos dispositivos são de baixa densidade normativa[13], conferindo à ANATEL considerável margem de discricionariedade.

[13] Como muito bem ressalta Alexandre Santos de Aragão, pode-se vislumbrar a existência de leis (i) com densidade normativa exaustiva, que são leis formais que prevêem exaustivamente todas as condutas possíveis, como, por exemplo, as leis penais e as leis que instituem tributos, (ii) com grande densidade normativa, que são leis formas que regulam grande parcela da matéria que constitui seu objeto, mas que ainda permite um certo espaço para regulamento sobre temas específicos e secundários (regulamentos meramente executivos), e (iii) com baixa densidade normativa, que apenas estabelecem as linhas mestras (parâmetros gerais) da matéria regulada, demandando profunda regulamentação infra-legal. *In Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo*, Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo: Malheiros, 2002, n° 38, p. 91 e ss.

Todavia, ao se mencionar a baixa densidade normativa e a conferência de larga margem de discricionariedade pela lei à ANATEL no que concerne aos processos sancionatórios, não se está a dizer que a agência goza de liberdade para disciplinar a matéria como melhor lhe aprouver e aplicar as sanções ao seu livre dissabor, com respeito apenas às vinculações negativas previstas em lei. Como muito bem afirma José Manuel Sérvulo Correia:

> "*a habilitação para a produção do acto administrativo implica sempre tipificação mínima do seu conteúdo. Por abstracta que seja, não passa, afinal, do último grau de uma 'relativização' da reserva de lei, que admite que à lei sigam outros preceitos apenas parcialmente predeterminados, isto é, outros preceitos cujos pressupostos e conteúdo não hajam sido integralmente caracterizados pela lei.*"[14]

Destarte, a competência discricionária da ANATEL em matéria de penalidade prevista na Lei 9.472/97 predica uma certa margem de liberdade da agência no caso concreto para definir qual a sanção cabível *vis-à-vis* a infração cometida, decorrente da baixa densidade normativa da Lei 9.472/97, margem esta que se encontra limitada pelo próprio conteúdo da Lei 9.472/97, que estabelece lindes a serem observados pela agência no exercício de sua competência, bem como finalidades a serem alcançadas por meio do exercício da competência sancionatória (garantia de competição no setor, proteção do usuário etc.). Os limites legais da competência e a definição das finalidades a serem alcançadas determinam o conteúdo mínimo do ato, como bem mencionado por José Sérvulo Correa, e conferem parâmetros de aferição do exercício correto e adequado da competência discricionária da agência.

IV.2. Discricionariedade no Regulamento

No exercício de suas competências discricionárias previstas na Lei 9.472/97, a ANATEL procura, por meio da Consulta Pública 847/2007, editar ato normativo que disciplinará, ao menos parcialmente, de forma vinculante, o *modus* de atuação da agência no exercício das competências discricionárias sancionatórias.

[14] CORREA, José Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 311.

Em determinados pontos, a resolução objeto da Consulta Pública 847/2007 prevê atos vinculados da agência no exercício de suas competências sancionatórias. É o que ocorre, por exemplo, com o disposto no § 3º do artigo 6º, segundo o qual são previstos de forma exaustiva os fatores para a consideração de uma dada infração como grave. Nos termos de referido dispositivo, não cabe qualquer juízo apreciativo subjetivo da agência quanto à consideração de uma dada infração como grave ou não grave. Existindo qualquer dos fatores arrolados no dispositivo, haverá infração grave. De outra banda, não existindo qualquer de tais fatores, não haverá infração grave. Da mesma forma, prevê o artigo 9º competência discricionária, ao determinar a hipótese de cabimento da pena de declaração de inidoneidade (ato que objetive a frustração dos objetivos de licitação).

Inobstante, a grande maior parte dos dispositivos da resolução constante da Consulta Pública 847/2007 contempla, ainda, competências discricionárias à ANATEL. A resolução em comento tem como escopo definir os parâmetros de atuação da agência nos processos sancionatórios, mas não o faz tornando vinculadas as competências da agência. Há, por meio de referida resolução, um aclaramento dos parâmetros e da forma de atuação da ANATEL, que, sem dúvidas, fornecem balizas para a aferição da lisura da atuação da agência, mas remanesce, ainda, margem discricionária no exercício da competência.

Interessante mencionar que a resolução em questão, na conferência de competências discricionárias à ANATEL, prevê outras hipóteses de discricionariedade mencionadas no item II acima e que não estão presentes na Lei 9.472/97. Enquanto na Lei 9.472/97 a discricionariedade advém da falta de determinação do *modus* de atuação da agência e de conceitos jurídicos indeterminados, na resolução em tela, a discricionariedade advém das mesmas fontes, bem como da conferência expressa de discricionariedade à agência pelo comando normativo.

Com relação à existência de discricionariedade decorrente da falta de explicitação do comando normativo do *modus* de atuação da agência em matéria de penalidade, pode-se mencionar o caso dos artigos 7º, 8º, 10 e 11, que versam sobre a dosimetria na aplicação de penalidades pela ANATEL. Não obstante haver parâmetros claros do valor e da intensidade das penalidades (artigo 7º, por exemplo), há margem de apreciação discricionária da agência na definição final do valor e da intensidade da penalidade. É

conferida à agência margem de liberdade para sopesar as circunstâncias do caso concreto e determinar a dose da penalidade a ser aplicada.

Na mesma senda, no que concerne à existência de discricionariedade decorrente do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, pode-se mencionar o disposto no artigo 5º, segundo o qual o controlador de pessoa jurídica infratora deverá ser penalizado no caso de ter agido com má-fé (de forma consistente com o artigo 177 da Lei 9.472/97). Má-fé é um conceito jurídico indeterminado e, em vista disso, a agência procurou, no § 1º do artigo 5º, dar a necessária significação a tal conceito, a fim de eliminar a discricionariedade. Contudo, ao fazê-lo, recorreu, nos incisos III e IV a outros conceitos jurídicos indeterminados (*modo temerário*, no inciso III, e *incidentes infundados*, no inciso IV), o que tem como conseqüência a permanência de discricionariedade decorrente do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, ainda que reduzida pelo dispostos nos incisos I e II do § 1º do artigo 5º.

Finalmente, no que concerne à origem da discricionariedade no expresso comando normativo, tem-se o caso do artigo 13 da resolução, que expressamente confere à agência a faculdade de substituir a aplicação de determinada penalidade por outra menos gravosa nos casos em que a infração cometida assim permitir. Fica claro, a partir de referido dispositivo, que resta à ANATEL margem de apreciação para, no caso concreto e diante de suas peculiaridades, no exercício de juízo de conveniência e oportunidade, optar pela aplicação de uma determinada infração, ou substituí-la por outra menos gravosa.

A verificação de uma dupla instância de discricionariedade na atuação da ANATEL em matéria de imposição de penalidades apresenta uma conseqüência bastante relevante no que concerne ao controle dos atos praticados pela agência com esteio no disposto na resolução objeto da Consulta Pública 847/2007. Isto ocorre, pois o exercício da discricionariedade da agência poderá ser controlado também a partir de um duplo grau, visto que caberá controle do correto exercício da discricionariedade na edição da resolução disciplinadora de penalidades, *bem como* caberá um controle do correto exercício da discricionariedade emanada da mesma resolução.

Vale dizer, a instância de controle (Poder Judiciário, instâncias de recurso da própria agência e Tribunal de Contas da União, caso aplicável[15]) deverá verificar a compatibilidade do exercício da competência discricionária na edição da resolução que disciplina a aplicação de penalidades com o disposto nos artigos 173 e seguintes da Lei 9.472/97, bem como a compatibilidade dos atos editados no exercício de competência discricionária esteados em referida resolução com os parâmetros previstos lá previstos. Em última instância, haverá dois objetos de análise da regularidade do exercício de competência discricionária pela ANATEL em matéria sancionatória.

V. Limitações da Discricionariedade

Em consonância com o exposto nos tópicos precedentes, a legislação do setor de telecomunicações concede à ANATEL ampla discricionariedade no exercício de suas funções sancionatórias. Isto decorre (i) da baixa densidade normativa dos artigos 173 e seguintes da Lei 9.472/97, que apenas determinam quais são as penalidades possíveis e impõem limites negativos à atuação da agência e (ii) da permanência de discricionariedade, ainda que balizada por parâmetros mais claros, na disciplina da matéria de penalidades conferida pela resolução que constitui o objeto da Consulta Pública 847/2007.

Todavia, conforme advertido acima, discricionariedade não mais é vista como liberdade absoluta do administrador público. Progressivamente, chega-se à concepção de que discricionariedade é limitada e encontra no Direito claras contenções. Tais contenções advêm (i) de uma alteração da concepção de legalidade, que passa a prever uma vinculação da Administração Pública ao Direito e não somente à norma criadora da competência, e (ii) da necessidade de processualização das decisões administrativas, que deixam de existir isoladamente e passam a existir insertas em um processo administrativo, fazendo com que a Administração Pública, por meio de atos administrativos inter-relacionados[16] venha a comprovar o atendimento à finalidade da norma.

---

[15] Sobre as instâncias e formas de controle dos atos das agências reguladoras, confira-se: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal*, *in* GUERRA, Sérgio (coord.), *Temas de Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 242 e ss.

[16] Conforme entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, "*o procedimento administrativo compreende várias manifestações de vontade sucessivas, de diferentes órgãos administrativos, exteriorizando atos jurídicos autônomos, que constituem etapas a antecederem a manifestação de vontade, consubstanciada no ato jurídico final, a que se ligam*". *In Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I,* Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 478.

V.1. Ampliação da Noção de Legalidade

Uma das conseqüências da existência de cláusulas genéricas e principiológicas com freqüência cada vez maior nas normas jurídicas é uma alteração da interpretação das normas jurídicas. Inicialmente, quando a lei dispunha-se a regulamentar de forma detalhada – quase exaustiva – as ações da Administração Pública, a noção de legalidade atinha-se à lei em sentido formal. A aferição de legalidade referia-se apenas à lei criadora da competência exercida.

Contudo, com o aumento da complexidade das relações sociais e com a conseqüente necessidade de recurso a cláusulas gerais e principiológicas para possibilitar a realização da função legislativa, não mais passa a ser possível analisar a legalidade apenas sob o prisma da lei criadora da competência, visto que essa é fluida e confere largas margens de discricionariedade à Administração Pública.

Paralelamente, verifica-se um fenômeno de crescente de constitucionalização do Direito. Com o aumento do pluralismo social, as constituições passam a contemplar uma gama cada vez maior de temas, necessários ao atendimento dos mais diversos interesses coletivos da sociedade. Verifica-se, em determinados casos, haver a vinculação da Administração Pública diretamente à constituição. Como muito bem observa Eberhard Schmidt-Assmann: *"as vinculações ao Direito da Administração Pública advêm mais profundamente da Constituição"*[17].

Desta forma, o perfil do ordenamento jurídico transforma-se. A lei formal perde importância em face (i) de uma constituição que versa sobre variada gama de temas e que gera a constitucionalização da vinculação da Administração Pública e (ii) da crescente existência de normas infra-legais editadas por entidades da Administração Pública, no exercício de competência discricionária, em razão da impossibilidade de inclusão no texto da lei formal de todas as matérias a serem reguladas.

[17] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Heidelberg: Springer, 2ª ed., 2006, p. 50.

A conseqüência de tais elementos é uma alteração da noção de legalidade. Não se pode mais falar em legalidade referindo-se apenas à lei formal, visto que esta não ocupa mais no ordenamento jurídico a posição que dantes ocupava. De outro turno, a vinculação diretamente à constituição e a atos infra-legais (tal como ocorre em matéria sancionatória no âmbito da ANATEL) torna-se inegável e inerente à noção de legalidade. Destarte, a noção hodierna de legalidade passa não mais a abranger somente a lei formal, mas sim a totalidade das normas jurídicas, aí incluídos os princípios jurídicos. A atividade da Administração Pública passa a ser vinculada não somente à lei formal, mas a todo Direito.

Sobre o tema, afirma Odete Medauar:

> *"A Constituição brasileira de 1988 determina que todos os entes e órgãos da administração pública obedeçam ao princípio da legalidade (art. 37, caput); a compreensão do princípio deve abranger não somente a lei formal, mas também os preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme prevê o art. 1º caput da Constituição; e ainda, deve incluir os demais fundamentos e princípios de base constitucional. Desse modo vincula-se a atividade administrativa aos valores que informam o ordenamento como um todo, associando-se, de modo mais estreito, o direito administrativo às disposições constitucionais."*[18]

Essa noção de uma legalidade ampliada, considerando-se a Administração Pública não vinculada apenas à lei formal, mas sim a todas as normas que compõem o Ordenamento Jurídico encontra previsão expressa, por exemplo, no item 3 do artigo 20 da Constituição da República Alemã, que determina que a Administração Pública tem que atuar com observância da Lei e do Direito.

A este alargamento da concepção de legalidade dá-se o nome de juridicidade, ou legalidade ampla, conforme a seguinte colocação de Alexandre Santos de Aragão:

> *"Evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à 'lei e ao Direito', o que também se infere implicitamente*

[18] MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª ed., rev., at. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 149.

da nossa Constituição e expressamente da Lei de Processo Administrativo Federal (art. 2º, Parágrafo Único, I). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo. Note-se que esta formulação é uma via de mão dupla: serve tanto para restringir a ação da Administração Pública não apenas pela lei, mas também pelos valores e princípios constitucionais, como para permitir a sua atuação quando, mesmo diante da ausência de lei infra-constitucional específica, os valores da Constituição (lei constitucional) impuserem a sua atuação."[19]

Em face da juridicidade, substituta da legalidade estrita, a discussão entre discricionariedade e vinculação dos atos administrativos passa a ser relativizada. Toda e qualquer atuação da Administração Pública terá, em maior ou menor grau, uma vinculação. A noção de discricionariedade com o sentido de liberdade é cada vez mais afastada, com o aumento das peias vinculantes da atividade administrativa.

É o que afirma, neste sentido, como muita propriedade, Gustavo Binenbojm:

"*A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menos grau de controlabilidade judicial de seus atos.*"[20]

Em face das considerações precedentes, vê-se, de forma clara, que a ação da ANATEL em matéria sancionadora encontrará sempre no próprio ordenamento jurídico seus limites. Por maior que seja a lassidão dos dispositivos da Lei 9.472/97 em matéria de penalidade e por mais que o ato normativo infra-legal disciplinador da matéria mantenha margem de discricionariedade à ANATEL (ainda que balizada por parâmetros claramente estabelecidos) no manejo da competência de impor penalidades aos agentes do setor de telecomunicações, sempre a atuação da agência estará limitada pelos ditames do Direito, o que imporá sempre o dever de proporcionalidade, razoabilidade, boa-fé etc.

---

[19] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade, Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, n° 236, abril/junho de 2004, p. 63.

[20] BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 39.

Finalmente, ainda como conseqüência do aumento da discricionariedade verificado hodiernamente e em consonância com a noção de vinculação da Administração Pública ao Direito, é imperioso mencionar a alteração do alcance do controle jurisdicional dos atos administrativos. Em que pese haver certa controvérsia acerca da possibilidade e dos limites do controle dos atos administrativos regulatórios (sobretudo quando o controle é exercido pelo Poder Judiciário), a ampliação da noção de legalidade trará como conseqüência o aumento do campo de apreciação do Poder Judiciário. A partir do momento em que são incluídos no âmbito da legalidade outros valores que não apenas a verificação da compatibilidade do ato com a norma criadora da competência, admite-se a análise do Judiciário de questões dantes consideradas insertas exclusivamente no mérito dos atos administrativos, quebrando-se o paradigma da insindicabilidade do mérito dos atos administrativos.

Neste senso, afirma Floriano de Azevedo Marques Neto:

> *"o controle judicial não deve ficar restrito à mera verificação de legalidade, mas deve atingir também, quando provocado, o juízo de proporcionalidade, na avaliação da necessidade, da adequação e da ponderação da medida regulatória em função dos objetivos da regulação".*[21]

Via de conseqüência, é lícito afirmar que os atos administrativos exarados pela ANATEL no manejo de suas competências previstas nos artigos 173 e seguintes da Lei 9.472/97 e disciplinadas na resolução que trata das penalidades a que se sujeitam os agentes do setor de telecomunicações estarão sujeitos a um controle exercido pelo Poder Judiciário que abrangerá não somente a legalidade em sentido estrito, mas também a juridicidade. O aumento do controle é uma conseqüência necessária do aumento da discricionariedade no Estado Democrático de Direito.

V.2. Processualização dos atos da ANATEL

O último dos aspectos que parece interessante de ser mencionado no que concerne ao exercício, pela ANATEL, de sua competência de impor sanções aos agentes do setor de telecomunicações refere-se à limitação da discricionariedade administrativa em decorrência da obrigatoriedade de condução do devido processo administrativo.

[21] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal*, p. 246.

O dever de prévio processo administrativo decorre de garantia constitucional (artigo 5º, LV, da Constituição Federal), bem como da própria Lei 9.472/97 (artigos 174 e 175). Ademais, a própria resolução constituinte do objeto da Consulta Pública 847/2007 expressamente consagra que toda e qualquer sanção somente poderá ser aplicada no curso do devido processo administrativo, conduzido de acordo com os ditames da Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Anteriormente, o ato administrativo constituía-se o foco da atividade administrativa. A análise da atuação da Administração Pública pautava-se sobre o ato administrativo, de forma isolada. Com a instituição da obrigação de processualização do ato administrativo, este passa a ser parte de um todo, inserto em um encadeamento de atos interligados. Esta alteração do foco da análise dos atos administrativos passa a ser elemento essencial do controle do exercício do poder pela Administração Pública.

Como muito bem observa Marçal Justen Filho sobre a matéria:

> *"O procedimento configura-se numa fragmentação da competência decisória, a qual é pulverizada em uma pluralidade de atos formalmente diversos, mas logicamente inter-relacionados. O procedimento impõe que a função administrativa se traduza numa série de atos dissociados, o que pode envolver inclusive a produção de atos por particulares. A complexidade da questão a ser decidida será solucionada a partir de decisões limitadas. Há um ato decisório final, mas seria juridicamente impossível dissociar esse ato daqueles que o antecederam. O ato final é o resultado das etapas anteriores, de modo inclusive a impedir que a validade dele seja avaliada sem considerada o conjunto dos atos praticados. (...)*
>
> *Em suma, o processo é instrumento de grande relevância para o controle do poder estatal. Tomando-se a expressão* controle *no sentido de* fiscalização*, o processo permite a verificação da regularidade dos atos decisórios. É possível determinar se a decisão foi precedida das formalidades indispensáveis, com a observância dos princípios jurídicos pertinentes. A infração ao procedimento acarreta, como regra, presunção de invalidade da decisão adotada. Os terceiros ou a própria autoridade que emitiu o ato dispõem da possibilidade de reconstrução histórica da formação e exteriorização da vontade decisória."*[22]

Ainda sobre a questão, afirma Vasco Pereira da Silva:

[22] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 216 e 217.

> "*através da análise do acto administrativo é possível proceder ao controlo de outros momentos do processo de tomada de decisão e não, apenas do seu resultado final. O aperfeiçoamento da teoria dos vícios do acto veio permitir controlar o modo como o poder administrativo foi exercido durante todo o processo, pelo que, v.g., a falta de uma formalidade essencial ou o seu cumprimento defeituoso não pode deixar de se vir a traduzir na invalidade do acto final; tal como a prossecução de um fim diferente do fim legal, ao longo dos diversos momentos do exercício do poder, se reflecte, igualmente, na invalidade do acto administrativo*".[23]

Adicionalmente, todas as decisões exaradas em processo administrativo sancionador devem ser devidamente motivadas, sob pena de nulidade. A necessária motivação dos atos administrativos, exigida pelo artigo 50 da Lei 9.784/99[24], é elemento fundamental na aferição da legalidade do manejo de competência discricionária, visto que obrigará a Administração Pública a comprovar a consistência de sua decisão com tudo o que restou produzido ao longo do processo administrativo. A essencial coerência entre os atos inter-relacionados do processo administrativo bem mencionada por Marçal Justen Filho e a decisão final no exercício de competência discricionária é elemento que limita consideravelmente o manejo de competência discricionária.

Sendo assim, a discricionariedade de que dispõe a ANATEL no exercício de sua competência sancionadora é limitada pela obrigatoriedade de prévio processo administrativo, na medida em que as razões para a tomada de sua decisão e a proporcionalidade e a razoabilidade de sua decisão deverão restar claramente fundamentadas em todos os atos preparatórios realizados ao longo do processo administrativo sancionador.

A exigência de prévio processo administrativo sancionador para a emissão de qualquer ato pela ANATEL que vise à imposição de penalidade aos agentes do setor de telecomunicações está longe de ser mera formalidade. É importante elemento limitador do manejo da competência discricionária da ANATEL e, ainda, é elemento essencial à

[23] SILVA, Vasco Pereira da. *Para um contencioso administrativo dos particulares*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 151.
[24] Na análise do tema do processo administrativo, Adílson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz não tergiversam ao afirmar que "*a motivação constitui etapa essencial da decisão administrativa*" e que "*elevada que foi ao patamar de exigência constitucional, a motivação passou a configurar critério de validade da decisão*". Cf. *Processo Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 161 e 162.

possibilidade de controle de referida decisão, pois possibilita a aferição da juridicidade da decisão, que deverá restar clara e inequívoca nos autos do processo sancionador.

VI. Conclusão

Em conformidade com o que se expôs no presente estudo, pode-se concluir que a discricionariedade transforma-se, progressivamente na regra da atuação da Administração Pública e não mais na exceção, como antes ocorria. Isto ocorre em razão do recurso cada vez mais recorrente do legislador a cláusulas gerais e principiológicas para a conclusão do processo legislativo em uma sociedade pluralista e da impossibilidade crescente de previsão *in abstracto* de todas as matérias a serem reguladas na lei, fatores esses que impõem a transferência para o administrador público do poder de realizar a atividade que melhor convier diante do caso concreto, conforme conveniência e oportunidade.

Todavia, a discricionariedade que hoje emerge na atuação da Administração Pública não se confunde com a discricionariedade administrativa classicamente concebida pela doutrina do Direito Administrativo. A razão para tanto consta da maior vinculação que passa a sofrer a ação discricionária – dantes vinculada apenas à lei criadora da competência e hoje concebida como vinculada a todo um bloco de legalidade, que engloba todas as normas e princípios jurídicos – e do maior controle a que se sujeita a Administração Pública, o qual é esteado em uma noção alargada de legalidade e em uma maior vinculação da ação discricionária. Não cabe mais falar em ato discricionário alheio ao controle.

Esses elementos afiguram-se especialmente nítidos no caso em análise, pois a discricionariedade de que goza a ANATEL na imposição de sanções é ampla, ao mesmo tempo em que é vinculada. Ampla porque encontra na lei criadora da competência apenas parâmetros de exercício e vinculações negativas e vinculada porque encontra no Direito – que inclui desde a Constituição até a norma infra-legal editada pela própria agência – claras contenções e vinculações e porque estará sempre sujeita ao controle no que concerne à sua juridicidade.

* * *

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade*, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, n° 236, abril/junho de 2004, p. 51-64.

_____. *Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo*, Revista Trimestral de Direito Público n° 38, São Paulo: Malheiros, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

CORREA, José Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 2003.

DALLARI, Adílson Abreu / FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. 1ª ed., 3ª tir., São Paulo: Malheiros, 2003

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, Miguel de Seabra. *O Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, *in* Revista de Direito Administrativo, vol. 23, janeiro a março de 1951, Rio de Janeiro: FGV, p. 1-19.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Discricionariedade e Regulação Setorial – O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial*, *in* ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal*, *in* GUERRA, Sérgio (coord.), *Temas de Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

_____. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, São Paulo: Malheiros, 2002.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14ª ed., Munique: C.H. Beck, 2002.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª ed., rev., at. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Os Poderes do Administrador Público*, Revista de Direito Administrativo – Edição Histórica, Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 345-350.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 4ª tir., São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I*, Rio de Janeiro: Forense, 1969.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Heidelberg: Springer, 2ª ed., 2006.

SILVA, Vasco Pereira da. *Para um contencioso administrativo dos particulares*, Coimbra: Almedina, 2005.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SCHIRATO, Vitor Rhein. Discricionalidade e Poder Sancionador: uma Breve Análise da Proposta de Regulamento da ANATEL. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, fevereiro/março/abril, 2010. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-VITOR-RHEIN-SCHIRATO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.