**AGÊNCIAS REGULADORAS:** A LIMITAÇÃO EXERCIDA ATRAVÉS DO PODER DE POLÍCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS[[1]](#footnote-1)

Ana Carolina de Sousa e Lucas Ranieri[[2]](#footnote-2)

Tiago José Mendes Fernandes[[3]](#footnote-3)

*Sumário: 1.* ***INTRODUÇÃO****; 2****. Serviço público****; 2.1. Conceito e previsão legal; 2.2. Agências reguladoras; 3.* ***Agência Nacional De Telecomunicações (Anatel)****; 3.1. O Poder de Polícia; 3.2. Diferença entre polícia administrativa e polícia judiciária; 4.* ***Limitação Imposta Ao Poder De Polícia Das Agências Reguladoras****; 4.1. Da limitação do poder de polícia e os direitos fundamentais individuais; 4.2. Das consequências; 5.* ***CONSIDERAÇÕES FINAIS****; 6.* ***REFERÊNCIAS.***

RESUMO

A importância da pesquisa sobre o tema em destaque no início deste trabalho está em apresentar os pontos relevantes sobre o assunto dentro de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico junto com a Constituição e o direito administrativo. O que se pretende com este trabalho, de modo amplo, é analisar as consequências trazidas pela limitação imposta juridicamente ao poder de polícia das agências reguladoras. Nesta ocasião, contudo, trataremos apenas da ANATEL (agência nacional de telecomunicações), abordando suas características e as polêmicas envolvendo esta agência reguladora de suma relevância para o cenário social brasileiro. Relevante lembrar que serão apresentadas consequências tanto positivas quanto negativas. De maneira mais estrita, porém não menos importante, será abordado conceitos como o de serviço público e o poder de polícia, temas essenciais para o decorrer de todo o trabalho. No decorrer da pesquisa tentará se mostrar que é imprescindível conceder meios materiais e legais para que a ANATEL possa combater as infrações administrativas tão recorrentes na sociedade.

Palavras- Chave: ANATEL; poder de polícia; serviço público; limitação.

**1 INTRODUÇÃO**

Cumpre-se abordar em um primeiro momento a questão do surgimento da ANATEL. Com o surgimento da chamada globalização e a política governamental de transferência da execução dos serviços públicos para o setor privado (Di Pietro), o Brasil criou as agências reguladoras.

Como se verá mais adiante, no decorrer da pesquisa, tais órgãos reguladores foram instituídos sob a forma de autarquias de regime especial, fato pelo qual são chamados por alguns doutrinadores como autarquias especiais, tendo como tarefa a regulamentação e o controle dos serviços então delegados. Neste sentido, como já comentado, que surgiu a ANATEL, através de uma lei, a lei número 9.472/97, sendo que sua atuação seria no setor das telecomunicações.

Ademais, cabe-se ressaltar que, o objetivo principal deste paper é analisar a forma de controle prestado pelas agências reguladoras, principalmente no que diz respeito às telecomunicações. Controle este que é o poder de polícia, onde ainda será analisada a importante diferença entre poder administrativo e poder judiciário, conceitos que podem ser usados equivocadamente. Neste trabalho eles serão melhores esclarecidos.

Sabe-se que, no Brasil, diversas são as autarquias que prestam serviço público para a população. Dentre estas autarquias, mais especificamente, as autarquias reguladoras, encontra-se a Anatel, que foi a escolhida para servir de exemplo para toda a feitura do seguinte trabalho. A Anatel tem o direito de exercer o poder de polícia garantido, contudo, como se sabe, existem certas limitações em relação a este poder. De certa forma, o poder de polícia acaba por acarretar disciplina e restrições ao exercício de um direito fundamental, com o intuito de beneficiar o interesse público, segundo Medauar (2007). Enfim, seguindo esta linha, questiona-se: como “harmonizar” o poder de polícia administrativo como o respeito aos direitos fundamentais, e quais consequências podem acarretar o limite ao poder de polícia frente à tentativa das autarquias (Anatel) de disciplinar e restringir ações em favor do interesse público?

Com estas indagações se procede o fim desta introdução para que se possa de fato adentrar no assunto. Além dos mais, no decorrer da pesquisa pretende-se elencar as devidas soluções para a problemática instituída nesta pesquisa.

**2 Serviço Público**

Primeiramente, há que se falar do conceito de serviço público. É de suma importância esse conceito, ao passo que ele é a base de todo o prolongar do trabalho.

2.1 Conceito e previsão legal

Segundo MARIA SYLVIA DI PIETRO (1993 p.80) serviço publico é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito publico.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Há que se buscar um sentido estrito, que discrimine satisfatoriamente as atividades prestadas de serviços públicos de todas as demais atividades jurídicas, que cumpre ao Estado desempenhar, na expressão do poder, que lhe é imanente, de instituir, preservar e aprimorar sua ordem jurídica, bem como das atividades sociais, desempenhadas em aplicação concreta da ordem jurídica (2006, p.425).

Medauar também elenca o que entende por serviço público:

Serviço público, como um capítulo do direito administrativo, diz respeito a atividade realizada no âmbito das atribuições a administração, inserida no Executivo. E refere-se a atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano. Atividades-meio (por exemplo: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições) não se incluem na acepção técnica de serviço público (2006, p.313).

Percebe-se, nestas duas definições, que as autarquias são entes que fazem serviços públicos. E dentre as autarquias, mais precisamente, as autarquias reguladoras, se encontra a Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), que será o exemplo utilizado para a feitura do trabalho, devido ao seu alto grau de importância para a sociedade.

O entendimento sobre o que é de fato, serviço público, tem diversos conceitos dentro da doutrina. O que acaba não sendo tão fácil de conceituar, uma vez que todas as definições corroboram para a elucidação do que seja serviço público, e acaba definindo suas características. A constituição Federal dispõe em seu Art. 175 que ao Poder Público, incumbe a prestação dos serviços públicos. É a forma como o estado atua, visando o interesse publico, a prestação dos serviços públicos é um objetivo/dever do Estado. E por essa razão, o próprio Poder Público, cria, regulamenta e fiscaliza esses serviços.

2.2Agências Reguladoras

As agências reguladoras são entidades da administração publicam criada por lei como autarquias de regime especial, dotados de autonomia e especialidade técnica, encarregado de regular ou fiscalizar uma determinada atividade econômica ou serviço público.

Para sua criação, não existe uma lei especifica. Embora não exista essa lei geral para a criação das agencias reguladoras, aplica-se a todas elas a Lei n. 9.986/2000, que trata da gestão de recursos humanos as agencias reguladoras. A Lei n. 10.871/04 define os cargos das agencias reguladoras, cria as carreiras de técnicos e especialistas em regulação e reafirma o vinculo estatutário, revogando neste aspecto a Lei 9.986/2000 que estipulava o regime celetista, considerado inconstitucional por grande parte da doutrina, haja vista que as Agencias exercem atividade exclusiva de Estado. Nesse sentido, podemos entender que não existe uma lei geral ou regime geral para as Agencias Reguladoras. Cada uma delas é criada por lei especifica que definirá suas competências.

As agências possuem funções administrativas, normativas e jurisdicionais. Como, atividades tipicamente administrativas, as agências possuem competências para fiscalizar o cumprimento da legislação, pelos prestadores de serviços e demais agentes econômicos em sua área de atuação, podendo aplicar sanções àqueles que comentem infrações. Como função normativa, as agências aprovam regulamentos visando regular as atividades e garantir a melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados. Como função jurisdicional, as agencias atuam como um órgão de solução de controvérsias entre as empresas prestadoras de serviços, os consumidores e o próprio poder publico.

**3 AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL)**

Ao passo que o assunto principal desta pesquisa envolve as agências reguladoras, torna-se de grande relevância apresentar o conceito destas, dando destaque para a ANATEL, como tema base da presente pesquisa.

Segundo Meirelles:

Com a política governamental de transferir para o setor privado a execução de serviços públicos, reservando ao Estado a regulamentação, o controle e a fiscalização desses serviços, houve a necessidade de criar, na Administração, agências especiais destinadas a esse fim, no interesse dos usuários e da sociedade. Tais agências têm sido denominadas de agências reguladoras e foram instituídas como autarquias sob regime especial, com o propósito de assegurar sua autoridade e autonomia administrativa. Com essa finalidade, a Lei 9.427, de 26.12.96, institui a Agência Nacional de Energia Elétrica- ANEEL, para regular e fiscalizar o setor de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica; e a Lei 9.472, de 16.7.97, criou a Agência Nacional de Telecomunicações- ANATEL, com o mesmo objetivo em relação ao setor de telecomunicações, porque ambas as áreas estão sendo privatizadas (2006, 352).

Quando se observa o conceito e de onde se designa a essência das agências reguladoras, percebe-se que esta são de uma importância significativa para a administração pública nacional, e que precisam ter toda uma liberdade de funcionamento para um maior grau de satisfação da sociedade, contudo, sempre respeitando os direitos fundamentais individuais.

Ademais, é importante ressaltar que só fora possível a instalação da LGT (Lei Geral de Telecomunicações) com a mudança ocorrida na Constituição através da Emenda Constitucional número 8/1995, que veio a alterar o artigo 21 da Carta. É o que pode ser verificado abaixo:

Art. 21. Compete à União: [...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95)

Importante frisar que, a exploração direta da telefonia ainda pertence à União, tendo sido concedido ao capital privado somente a execução indireta da mesma, segundo Caetano (2001).

3.1O Poder de Polícia

Referentes às agências reguladoras, apresenta-se o poder de polícia exercido por estas, e que por muitas vezes sofrem limitações tidas pelos doutrinadores como desnecessárias e ineficazes para a manutenção do segurança da sociedade. Contudo isso é assunto para outro capítulo. A priori mostra necessário dispor do que seria esse poder de polícia.

Segundo Medauar (2006), “em essência, poder e polícia é a atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades. É uma das atividades em que mais se expressa sua face autoridade, sua face imperativa. Onde existe um ordenamento, este não pode deixar de adotar medidas para disciplinar o exercício de direitos fundamentais de indivíduos e grupos”.

As medidas disciplinadoras, como se verá no seguinte trabalho é com a própria finalidade de proteger o interesse da coletividade, tendo em vista que esta prevalece em face do interesse individual.

3.1Diferença entre polícia administrativa e polícia judiciária

Quando se fala em poder de polícia é preciso tomar bastante cuidado com relação à real funcionalidade deste poder, tendo em vista que é corriqueiro a relação errônea do poder de polícia administrativo que é aquele realmente exercido pelas agências reguladoras com o poder judiciário.

Ainda em Medauar (2006), este diferencia polícia administrativa de polícia judiciária, onde “em essência, a polícia administrativa, ou poder de polícia, restringe o exercício de atividades lícitas, reconhecidas pelo ordenamento como direitos dos particulares, isolados ou em grupo. Diversamente, a polícia judiciária visa a impedir o exercício de atividades ilícitas, vedadas pelo ordenamento, a polícia judiciária auxilia o Estado e o Poder Judiciário na prevenção e repressão de delitos; e auxilia o judiciário no cumprimento de suas sentenças”.

Percebe-se que a diferença entre esses dois poderes é significativa, não podendo ser confundidas em hipótese alguma.

**4 LIMITAÇÃO IMPOSTA AO PODER DE POLÍCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Enfim, depois de ser analisado tudo isto no trabalho, será posto em mérito a questão das limitações do poder de polícia das autarquias frente a preservação dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição e as possíveis consequência desta dita limitação de poder perante o interesse público.

**4.1**Da limitação do poder de polícia e os direitos fundamentais individuais

Como se verá no presente paper, o judiciário por muitas vezes impõe limites ao poder de polícia exercido pelas agências reguladoras. Estas limitações visam na grande maioria das vezes garantir os direitos fundamentais individuais das pessoas.

Segundo Di Pietro (2011), “como todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto; quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados em lei”.

Até agora o trabalho foi feito baseado apenas em bibliografias, contudo, a partir de agora será um trabalho baseado em jurisprudências para se possa entender a realidade jurídica do tema do referido paper.

Certo é que à ANATEL é dado o poder de polícia administrativa para que essa possa coibir e corrigir certas infrações administrativas, como se podia ver, outrora, na artigo 19, inciso XV da LGT:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...)

XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência.

Para combater o que havia sido escrito no referido inciso foi proposta a ADIN 1668-5 DF[[4]](#footnote-4). Ao ler-se essa ADIN, no que tange à decisão desta, o STF suspendeu os efeitos do que antes elencado no inciso XV do artigo 19, entendendo o relator que esta ação feria o princípio do devido processo legal.

Outra questão que envolve esta decisão é o fato da inviolabilidade do domicílio, direito fundamental do indivíduo. Portanto, como resolver essa discussão sem que nenhuma das partes saem prejudicadas. É de ímpeto dificuldade uma situação como esta, onde tenta-se defender o interesse do coletivo, mas sem passar pelo direito fundamental individual.

O que se percebe é que se antes a ANATEL obtinha auto-executoriedade quase que plena, agora ocorreu uma limitação desse seu poder. É deste tipo de limitação de que trata este capítulo, onde no posterior, será disposto as consequências desses atos.

Logo após sair essa decisão limitando o poder de polícia da ANATEL, outras decisões foram delineadas com o intuito de fazer diminuir ou sessar certas desvantagens para o interesse coletivo. Por exemplo, a apreensão voltou a ser permitida de acordo com a regulamentação do art. 3º da Lei nº 10.871/2004. Contudo, não se pode confundir a apreensão com a busca e apreensão. É importante lembrar que o agente administrativo precisa saber onde se encontra o objeto delituoso antes de adentrar no domicílio do suspeito[[5]](#footnote-5).

Certo é que, caso o agente administrativo não respeite o que está em lei este vai estar incorrendo em abuso de poder. Segundo Mello (1998), “pela própria natureza do fato em si, todo abuso de poder se configura como ilegalidade. Não se pode conceber que a conduta de um agente, fora dos limites de sua competência ou despida da finalidade da lei, possa compatibilizar-se com a legalidade. É certo que nem toda ilegalidade decorre de conduta abusiva; mas todo abuso se reverte de ilegalidade e, como tal, sujeita-se à revisão administrativa ou judicial”.

Aqui foram mostrados os limites à atuação do poder de policia das agências reguladoras. No próximo capítulo será mostrada as consequências, que se diga, tanto positivas quanto negativas, e como resolver tal situação.

4.2Das consequências

As consequências podem se apresentar de todos os tipos e relevância. Podem ser positivas ou negativas. Contudo, como geralmente se percebe em decisões do judiciário, estas limitações impostas ao poder de polícia das agências reguladoras podem se mostrar menos benéficas para a sociedade, deixando-se por muitas vezes de aplicar a devida disciplina para uma situação que se mostra necessário.

Medauar elenca algumas hipóteses das vezes em que os fundamentos do poder de polícia entram em confronto com os direitos fundamentais.

Segundo Medauar:

a Existe lei disciplinadora do direito fundamental. Neste caso, o poder de polícia é limitado pelos preceitos da lei, não se admitindo prescrição mais rigorosa que a da lei; as restrições da lei devem ser interpretadas de modo restrito, isto é, no sentido mais favorável ao exercício do direito. Por vezes a lei confere à autoridade administrativa a faculdade de agravar disposições da lei, em casos especiais, mas sempre de modo temporário.

b) Inexiste lei disciplinadora do direito fundamental. Neste caso, observadas as regras de competência, a medida de polícia, sempre fundamentada no interesse público, deve ser; b1) necessária, isto é, exigida ante as circunstâncias, para evitar conflitos, desordens, perigo à integridade de pessoas e bens; b2) eficaz, isto é, adequada para evitar perturbações (MEDAUAR, 2006, p.338).

Os direitos fundamentais não podem ser feridos, contudo, poderia ser caso atingisse os direitos do coletivo. Como se resolver uma questão como essa? Poderia se resolver através da harmonização entre dois direitos. Porém, existem casos em que não será possível. Neste ponto, quais seriam as consequências? Esta questão será relatada posteriormente.

Em relação à primeira hipótese elencada por Medauar, como se resolver uma situação que envolve tanto o poder de polícia com o intuito de assegurar o interesse coletivo como direito fundamental individual.

Foi o que ocorrera com a situação já exposta neste trabalho, sobre a possibilidade da adentrar no domicílio do indivíduo para a busca e apreensão, sendo que só é permitido por lei a apreensão.   “Ante o exposto, conclui-se que à Agência Nacional de Telecomunicações foi restabelecido o poder de apreensão por meio do art. 3º parágrafo único da Lei nº 10.871/2004, restringindo-se a auto-executoriedade ao poder de apreensão, haja vista que o poder de busca foi suspenso pelo STF”[[6]](#footnote-6).

   Com esta decisão, percebe uma consequência positiva aos interesses do coletivo, que estarão assim mais resguardas do que antes era pela antiga decisão que limitava totalmente a ação de busca e apreensão por parte dos agentes administrativos.

Fato é que certos limites ao poder de polícia dos agentes administrativos precisam ser colocados, contudo tais limites não podem fazer com que o interesse coletivo da sociedade seja de modo algum prejudicado, haja vista o princípio da supremacia do interesse coletivo.

Quando observado a segunda hipótese, percebe-se que é muito mais simples quando o poder de polícia não confronta com um direito fundamental. Basta aplicar a poder sem nenhuma preocupação. Se toda vez fosse assim não haveria tantos e tantos leis e emendas e acórdãos abordando esta questão deveras latente e que pode facilmente ser objeto de estudo de um artigo científico.

Com estes dizeres se encerra as argumentações acerca da limitação do poder de polícia imposta às agências reguladoras, no caso deste trabalho, apenas à agência reguladora ANATEL.

**5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este trabalho teve por finalidade tentar demonstrar que a atividade desenvolvida pela ANATEL não é devidamente efetiva, uma vez que não possui sustentáculos de meios, tanto legais quanto materiais, adequados o suficiente para o correspondente exercício de seu dever, a fiscalização.

Para tanto, foi-se preciso primeiramente saber o que seria o poder de polícia, e qual a responsabilidade destas agências, chamadas de agências reguladoras. Depois de entendidos esses conceitos, percebeu-se que esse poder de polícia está longe de ser absoluto, sofrendo ainda várias limitações, onde estas, como se foi verificado, podem prejudicar o interesse coletivo por vezes.

Essa reforma no aparelho estatal, com o surgimento da ANATEL, inclui o controle de prestação de serviços privatizados com o intuito de coibir certos comportamentos abusivos por parte de seus usuários. Por isso o nome de “agências reguladoras”.

Além de todas as outras dificuldades de que decorrem os agentes administrativos da ANATEL, tem-se que a pior delas é, sem dúvida, a supressão do poder cautelar de busca e apreensão, causado pela ADIN 1668/1998, tanto que foi objeto de estudo central deste trabalho. Conduto, tem-se que posteriormente essa situação foi parcialmente resolvida, como observado no decorrer do paper.

Enfim, é imprescindível que o ordenamento jurídico ampere de forma efetiva o pleno exercício do poder de polícia da ANATEL, para que se possa incorrer em uma maior celeridade, imparcialidade e independência deste órgão, com a finalidade de que este proteja o interesse coletivo da sociedade, porém, ainda respeitando os direitos individuais.

**REFERÊNCIAS**

[www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2431953](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2431953).

<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7597>.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. –Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

FILHO, José dos S. Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 25a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo.** São Paulo, Atlas, 1993.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo.** São Paulo, Atlas, 2011.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 1998.

1. Tema do paper apresentado à disciplina Direito Administrativo I, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Alunos do 7° período, do Curso de Direito, da UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
3. Professor Esp. Da UNDB. [↑](#footnote-ref-3)
4. www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2431953. [↑](#footnote-ref-4)
5. http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\_dh=7597. [↑](#footnote-ref-5)
6. http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\_dh=7597. [↑](#footnote-ref-6)