

CURSO – Direito Aplicado a Fiscalização
(com enfoque em Elaboração de Relatórios e Condutas de Fiscais)
Carga horária – 40 horas

1. Noções gerais de Direito

- a. Hierarquia das normas
- b. Organização institucional e funcional dos 3 Poderes
 - i. Organização da Administração Pública Federal
 - ii. Organização do Poder Judiciário
 - iii. A função do Ministério Público
 - iv. A função do Tribunal de Contas da União
- c. Sistema jurídico - noções
- d. Hermenêutica jurídica
- e. Normas internacionais e sua aplicação no Brasil

Perguntas a serem respondidas:

- Como interpretar uma lei e um regulamento?
- Qual a posição do fiscal na estrutura político-administrativa do Estado?
- Quais os órgãos que interagem com o órgão de fiscalização e como ocorre essa interação?

2. Noções gerais de Direito Público

- a. Regulação jurídica do Poder Político e noção de Estado de Direito
- b. Direito Público x Direito Privado
- c. Atividades do Estado
 - i. Atividade de gestão
 - ii. Atividade ordenadora
- d. Princípios de Direito Público
 - i. Princípios explícitos e implícitos
 - ii. Princípio da Legalidade
 - iii. Princípio da Proporcionalidade
- e. Poder regulamentar
 - i. A função do regulamento
 - ii. Limites do poder regulamentar
- f. O sigilo nas telecomunicações
- g. A confidencialidade de informações particulares x a atuação do fiscal

Perguntas a serem respondidas:

- O que é a atividade de fiscalização?

- Como diferenciar a fiscalização de outras atividades?
- A que regime jurídico se sujeita a fiscalização?

3. O processo administrativo na fiscalização de telecomunicações

- a. O regime da Lei de Processo Administrativo
- b. O Regimento Interno da Anatel
- c. O Regulamento de Sanções
- d. Medidas cautelares no processo administrativo da Anatel

Pergunta:

- Como instruir a fiscalização?

4. A fiscalização nas telecomunicações

- a. Características da atividade ordenadora
- b. Pressupostos da atividade ordenadora
- c. A fiscalização de atividades de gestão e de atos privados – diferenças
- d. Os poderes do fiscal
 - i. Instrução de processos
 - ii. Acesso a instalações
 - iii. Acesso a informações
 - iv. Aplicação de sanções
 - v. Busca e apreensão
- e. Responsabilidade administrativa e aplicação de sanções
- f. A multa
- g. A interrupção cautelar (lacração) de estações transmissoras
- h. A invalidade administrativa
 - i. Teoria do ato administrativo
 - ii. Requisitos do ato administrativo: competência, objeto, forma, motivo e finalidade
 - iii. Existência, validade, eficácia e vigência: diferenças
 - iv. Convalidação
- i. A função de fiscalização na legislação
 - i. LGT
 - ii. Regulamentos
 - iii. Competência do MiniCom x Competência da Anatel
- j. A fiscalização de serviços no regime público
- k. A fiscalização de serviços no regime privado
- l. A fiscalização de uso de radiofrequência

Perguntas a serem respondidas:

- O que fiscalizar?
- Até onde vai a competência do fiscal?
- Quais os poderes do fiscal e como eles podem ser exercidos?
- O que deve o fiscal fazer constar no processo administrativo para que sua atuação seja válida?
 - Como sanar eventuais invalidades verificadas na instrução processual?

5. Direito penal das telecomunicações

- a. Crimes contra a Administração Pública
- b. Normas penais especiais sobre telecomunicações
 - i. Crimes previstos na LGT e no CBT
 - ii. Competência da Justiça Federal e da Justiça Comum
- c. O crime de desacato
 - i. Como proceder quando o fiscal for desacatado?
- d. O flagrante
 - i. Caracterização
 - ii. Conseqüências
- e. Requisição de auxílio policial
 - i. Competência da Polícia Federal e da Polícia Civil
 - ii. O que fazer quando o auxílio policial é negado?
- f. Apreensão de bens vinculados à atividade ilícita
 - i. É possível designar-se o fiscal como fiel depositário dos bens? Quais as suas responsabilidades?
- g. Reflexos das decisões penais na seara administrativa
 - i. Independência das instâncias
 - ii. Reflexos das sentenças transitadas em julgado
 - iii. Acordos feitos com o MP e homologados em juízo excluem a possibilidade de aplicação de sanções administrativas?
- h. Jurisprudência do STJ e do STF

Perguntas a serem respondidas:

- Como proceder frente a um ilícito penal?
- Onde começa e onde termina a competência do fiscal em processos em que há repercussões penais?
- Quais os direitos e deveres dos fiscais nesses casos?

6. Estudos de casos

- a. Análise dos modelos de auto de infração
- b. Análise de casos-paradigma designados pela SRF

ÍNDICE

NOCÕES DE DIREITO PÚBLICO **3**

1 - HIERARQUIA NORMATIVA	3
2 - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E COMPETÊNCIA JURISDICIONAL	4
3 - ESTRUTURA CONSTITUCIONAL	6
4 - HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DAS TELECOMUNICAÇÕES	6
5 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 8 E OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES	9
6 - DIVISÃO CONSTITUCIONAL DE TITULARIDADE DE ATIVIDADES EM GERAL	16
7 - SIGILO NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES	18
7.1. VIDA PRIVADA E VIDA PÚBLICA	18
7.2. SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEGRÁFICAS, DE DADOS E DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS	19
7.3. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA <i>VERSUS</i> ESCUTA TELEFÔNICA OU GRAVAÇÃO CLANDESTINA	19
7.4. O SIGILO DE COMUNICAÇÕES E OS DADOS CADASTRAIS	20

O PROCESSO ADMINISTRATIVO NA FISCALIZAÇÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES **23**

1 – O PROCESSO E SEUS ELEMENTOS ESSENCIAIS	23
2 – AS MODALIDADES DE PROCESSO	23
3 – O PROCESSO ADMINISTRATIVO	24
4 – A LEI DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL – LEI Nº 9.784/99	25
4.1 – SITUAÇÃO ANTERIOR À LEI	25
4.2 – INCIDÊNCIA SUBJETIVA DA LEI E SUA APLICAÇÃO À ANATEL	25
4.3 – INCIDÊNCIA OBJETIVA DA LEI E SUA APLICAÇÃO AOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DA ANATEL	26
5 – OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO	27
5.1 - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	27
5.2 – PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	28
5.3 – PRINCÍPIO DA FINALIDADE	28
5.4 – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE	28
5.5 – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	28
5.6 – PRINCÍPIO DA MORALIDADE	28
5.7 – PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE	29
5.8 – PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO	29
5.9 – PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	29
5.10 – PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL	30
5.11 – PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO	30
5.12 – PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	30
5.13 – PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	31
5.14 – PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	31
5.15 – PRINCÍPIO DO INFORMALISMO OU FORMALISMO MODERADO	31
5.16 – PRINCÍPIO DA GRATUIDADE	31
6 – AS FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	31

7 – O PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES - PADO	32
7.1 – INSTAURAÇÃO DO PADO	32
7.2 – NOTIFICAÇÃO DO INTERESSADO	33
7.3 – FASE PROBATÓRIA OU INSTRUTÓRIA	34
7.4 – FASE DECISÓRIA	34
7.5 – ASPECTOS FORMAIS	35
7.6 – REGRAS RELATIVAS À CONTAGEM DOS PRAZOS	35
8 – A APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PELA ANATEL	36
8.1 – PARÂMETROS GERAIS PARA APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	36
8.2 – CONDUTAS QUE ENSEJAM A APLICAÇÃO DE SANÇÕES	37
8.3 – CIRCUNSTÂNCIAS A SEREM CONSIDERADAS NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES	37
8.3.1 – ANTECEDENTES	38
8.3.2 – REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA	38
8.4 – GRADAÇÃO DAS INFRAÇÕES	39
8.5 – SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM ESPÉCIE	39
9 – A ADOÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES PELA ANATEL	42
9.1 – NOÇÃO	42
9.2 – PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES DE VALIDADE	42
9.3 – OITIVA PRÉVIA DO INTERESSADO	42
9.4 – MEDIDAS CAUTELARES CABÍVEIS	43
9.5 – MOMENTO DE ADOÇÃO	43
<u>A FISCALIZAÇÃO NAS TELECOMUNICAÇÕES</u>	44
1 – A FISCALIZAÇÃO	44
2 – A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA	44
2.1. CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO DE GESTÃO	44
2.2. CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO FOMENTADORA	45
2.3. CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO ORDENADORA	45
3 – PRESSUPOSTOS DA ADMINISTRAÇÃO ORDENADORA	45
3.1. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA	45
3.2. DISCIPLINA DA VIDA PRIVADA	46
3.3. RELAÇÃO GENÉRICA DO ESTADO COM O PARTICULAR	46
4 – A FISCALIZAÇÃO COMO ATIVIDADE ORDENADORA	47
5 – A FISCALIZAÇÃO COMO ATIVIDADE DE GESTÃO	49
6 – OS PODERES DO FISCAL DE TELECOMUNICAÇÕES	50
6.1. INSTRUÇÃO DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS	51
6.2. ACESSO A INSTALAÇÕES	51
6.3. ACESSO A INFORMAÇÕES	52
6.4. APLICAÇÃO DE SANÇÕES	53
6.5. BUSCA E APREENSÃO	54
7. INTERRUPÇÃO CAUTELAR DE ESTAÇÃO TRANSMISSORA	54
<u>DIREITO PENAL DAS TELECOMUNICAÇÕES</u>	56
1 - NORMAS PENAIIS ESPECIAIS SOBRE TELECOMUNICAÇÕES	56

NOÇÕES DE DIREITO PÚBLICO

Márcio Iorio Aranha

Professor da Faculdade de Direito da UnB

Mestre em Direito e Estado (UnB)

Doutor em Estudos Comparados sobre as Américas (UnB)

Coordenador do Grupo de Direito Setorial da Faculdade de Direito da UnB

Coordenador do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB

Membro do GCOM

1 - Hierarquia normativa

No Brasil, a adoção do princípio da *supremacia da Constituição* explica a submissão à Carta constitucional, de 5 de outubro de 1988, de toda produção normativa oriunda dos poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário. Sob o ponto de vista formal, o texto constitucional encontra-se no topo do ordenamento jurídico, definindo as matérias reservadas a lei complementar ou a lei ordinária, assim como a outros atos de cunho normativo ou jurisdicional. Dentre as normas constitucionais, as qualificadas como *cláusulas pétreas* estão imunes a modificações por intermédio do processo legislativo de *emenda* à Constituição. Obedientes ao texto constitucional, outros instrumentos dividem âmbitos de atribuições dados pela Constituição. Leis complementares, leis ordinárias, tratados internacionais, leis delegadas, medidas provisórias e demais atos normativos primários encontram-se no mesmo patamar hierárquico. A distinção entre tais instrumentos normativos dá-se em virtude do âmbito de competência distinto atribuído a cada um pela Constituição. Há matérias reservadas expressamente a leis complementares, como, por exemplo, a definição das áreas de atuação de fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.¹ No mesmo dispositivo, exige-se lei específica para criação de autarquias. Quando não expressa a exigência de lei complementar, entende-se pela exigência de lei ordinária para disciplina da matéria referida no texto constitucional. As leis delegadas e medidas provisórias detêm igual estatura hierárquica da lei ordinária, entretanto com restrições materiais.² Um modelo de disposição hierárquica dos instrumentos normativos, administrativos e jurisdicionais consta da Figura nº 1 desta apostila.

¹“Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;” (Constituição Federal brasileira de 1988 com redação da Emenda Constitucional n.º 19, de 04/06/98).

²A Constituição Federal brasileira de 1988 não autoriza delegação de atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, de competência privativa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de temas reservados a lei complementar, nem a legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais, planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos (art.68). Também há limitações para a edição de *medidas provisórias*. Além das limitações atribuídas a lei delegada, a medida provisória não se presta a disciplinar direito penal, processual penal e processual civil, ou matéria já disciplinada em projeto de

No caso das telecomunicações, a Constituição Federal brasileira de 1988 atribui à *lei* o tratamento normativo da “organização dos serviços [de telecomunicações], a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”³. Assim, está reservado à lei ordinária a disciplina primária das telecomunicações no Brasil.

Como, além disso, a Constituição de 1988 prevê como atribuição da União (ente federado) tal disciplina das telecomunicações no Brasil, esta dá-se por intermédio de lei ordinária *federal* aprovada em processo legislativo partilhado pelos Poderes Legislativo e Executivo da União.

Apesar da paridade hierárquica e considerável intercambialidade entre lei ordinária, tratado internacional, lei delegada e medida provisória, é vedado à medida provisória e, portanto, a ato normativo primário do Chefe do Executivo, regulamentar os serviços de telecomunicações em sentido amplo graças ao acréscimo do art.246 às Disposições Constitucionais Gerais da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n.º 6, de 1995, confirmado pela Emenda Constitucional n.º 7 do mesmo ano.⁴ A alteração do art.246 pela Emenda Constitucional n.º 32, de 2001, preservou a proibição.⁵

2 - Controle de constitucionalidade e competência jurisdicional

Cabe ao Supremo Tribunal Federal do Brasil (art.102,I,a) efetuar o controle concentrado de constitucionalidade em abstrato das leis federais ou estaduais acusadas de inconstitucionalidade⁶ ou de constitucionalidade⁷ por certos legitimados. No âmbito estadual (Estados-Membros da Federação brasileira), são os Tribunais de Justiça estaduais que desempenham esta função de proteção, em abstrato, dos

lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República (art.62,§1º).

³“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;” (Constituição Federal brasileira de 1988, com redação da Emenda Constitucional n.º 8, de 15/08/95).

⁴“Art.246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995” (Constituição Federal brasileira de 1988, com redação da Emenda Constitucional n.º 6, de 15/08/1995).

⁵“Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive.” (Constituição Federal brasileira de 1988, com redação da Emenda Constitucional n.º 32, de 11/09/2001).

⁶São legítimos interessados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa; o Governador de Estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (Constituição Federal brasileira de 1988, art.103).

⁷São legítimos interessados para propositura de ação declaratória de constitucionalidade: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; e o Procurador-Geral da República. (Constituição Federal brasileira de 1988, art.103, §4º).

dispositivos das Constituições Estaduais, que porventura estejam sendo feridos por produções normativas do próprio Estado-Membro ou dos Municípios nele contidos.

O controle em abstrato, via de regra, não incide sobre atos normativos secundários, tais como decretos do Presidente da República, sob o fundamento de que careceriam primeiramente de um vício de ilegalidade (afronta a norma infraconstitucional, gerando a chamada inconstitucionalidade indireta). Há, no entanto, possibilidade de controle em abstrato de decretos, e esta hipótese ocorreu no setor de telecomunicações. O Supremo Tribunal Federal realizou controle em abstrato do Decreto 1.719, de 28/11/1995⁸, que aprovava o *Regulamento de Outorga de Concessão ou Permissão para Exploração de Serviços de Telecomunicações em Base Comercial*. Com base neste decreto, o Governo pretendia implantar a exploração por empresas privadas de *serviços de telecomunicações via satélite geoestacionário* e o *Serviço Móvel Celular*. Havia, entretanto, um vício de inconstitucionalidade, pois o Decreto 1.719/95 acabava usurpando a função reservada a lei ordinária, de regulamentação da prestação de serviços de telecomunicações em base comercial autorizados pela Emenda Constitucional n.8/95.

Além do controle concentrado de constitucionalidade das leis infraconstitucionais, há, no Brasil, o chamado *controle difuso* efetuado por qualquer juiz federal ou estadual, que, para julgamento das causas perante eles suscitadas, entenda necessária a declaração incidental da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de leis.

Compete à justiça federal julgar, em geral, ações em que participem a União, autarquia federal ou empresa pública federal. A característica pública dos serviços de telecomunicações prestados pelas concessionárias de serviços de telecomunicações não é suficiente para levar suas causas à justiça federal. Assim, via de regra, as causas envolvendo telecomunicações no Brasil são julgadas pelas justiças estaduais.

Com o advento dos juizados especiais na estrutura dos Judiciários estaduais brasileiros, iniciou-se um segundo embate de definição de sua competência para julgamento de ações pertinentes ao setor de telecomunicações. O argumento das operadoras de telefonia, cada vez mais questionadas por esta via facilitada de acesso ao Judiciário, contra o julgamento pelos juizados especiais de ações envolvendo telecomunicações, advém do afastamento de certas matérias pelas leis criadoras destes juizados em face da *complexidade da causa*. Assim, as operadoras recorrido ao Supremo Tribunal Federal para invalidação das causas perdidas em juizados especiais estaduais. Entretanto, o STF entendeu que a definição da complexidade da causa “está adstrita ao âmbito da interpretação de norma infraconstitucional”⁹. A jurisprudência

⁸Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.435-8/DF, relatada pelo Min. Francisco Resek e requerida pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Sessão plenária, de 27 de novembro de 1996, por maioria, vencidos os Ministros Francisco Resek (relator), Maurício Corrêa e Néri da Silveira, decidiu pela declaração de suspensão liminar de vigência do Decreto 1.719/95. Ementário de Jurisprudência do STF nº 1957-1, p. 40-60, DJ 06.08.1999.

⁹AgRAI - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 405.728-2 (DJ 04/04/2003, Ementário do STF n.2105-11, 2ª Turma, j.11/03/2003, relator Min. Gilmar Mendes, relatório do relator). “Os critérios de identificação das ‘causas cíveis de menor complexidade’ e dos ‘crimes de menor potencial ofensivo’, a serem confiados aos Juizados Especiais, constitui matéria de Direito Processual, da competência legislativa privativa da União.” (ADIMC 1.807, Pleno do STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05/06/1998, ementa).

não foi ainda uniformizada, mas, atualmente, questões envolvendo cobranças indevidas vêm sendo aceitas pelos Juizados Especiais de Pequenas Causas do Distrito Federal e Territórios e da Bahia, dentre outros. Por outro lado, questões como a de se saber se a ‘habilitação’ de telefones celulares sofreria incidência de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) têm sido levadas pelas operadoras de telefonia para a Justiça Comum estadual¹⁰.

3 - Estrutura constitucional

A estrutura do texto constitucional auxilia na compreensão da posição dos serviços de telecomunicações no direito brasileiro. Trata-se de uma constituição analítica contendo *títulos* ordenados sistematicamente, quais sejam: princípios fundamentais; direitos e garantias fundamentais; organização do Estado; organização dos Poderes; defesa do Estado e das instituições democráticas; tributação e orçamento; ordem econômica e financeira; ordem social; disposições constitucionais gerais; disposições constitucionais transitórias (Figura 2). A partir desta estrutura, pode-se verificar a inserção das telecomunicações em dois espaços claramente definidos: nas normas de *organização do Estado*; e nas normas pertinentes à *ordem social*. Quanto à *organização do Estado*, os serviços de telecomunicações vêm atribuídos à União. Já, no tocante à *ordem social*, o capítulo da *comunicação social* delimita o formato dos meios de comunicação social, inclusive da *radiodifusão* e da chamada *comunicação social eletrônica*¹¹. Dispositivos com referência expressa às comunicações constam do título de tributação e orçamento, especialmente no que se refere à chamada *imunidade setorial* mais à frente abordada.

4 - Histórico constitucional das telecomunicações

O olhar sobre as alterações sofridas pelas telecomunicações em âmbito constitucional auxiliará a compreensão das dificuldades jurídicas atuais na classificação dos serviços. Nem sempre foi da União a competência privativa de operacionalização¹² e normatização¹³ do setor de telecomunicações.

Nas constituições anteriores, tratava-se dos serviços de telecomunicações como um todo monolítico. Na CF/1891¹⁴, havia apenas a referência à competência

¹⁰STJ, Apelação Cível 19980110442286, julgada em 11-10-1999, 2ª Turma Cível, relatora Nancy Andrigui, DJU 23-02-2000 – decisão pela incidência sim a partir do Convênio ICMS 69/98.

¹¹“Art.222. (...) § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.” (Constituição Federal brasileira de 1988, com parágrafo acrescido pela Emenda Constitucional nº 36, de 28/05/2002).

¹²Art. 8º, XV, *a* da CF/67 e EC1/69; art. 21, XI e XII, *a* da CF/88.

¹³Art. 8º, XVII, *i* da CF/67 e EC1/69; art. 22, IV da CF/88.

¹⁴Constituição Federal de 1891: “Art. 7º É da competencia exclusiva da União decretar: 4º Taxas dos correios e telegraphos federaes; Art. 9º É da competencia exclusiva dos Estados decretar impostos: §1º Tambem compete exclusivamente aos Estados decretar: 2º Contribuições concernentes aos seus telegraphos e correios.” (CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 752-753).

tributária da União e dos Estados para taxar os *correios e telégrafos*, de onde se deduzia a competência para disciplinar o serviço de telegrafia. As Constituições de 1934¹⁵ e de 1937¹⁶ dedicavam um único inciso aos *serviços de telégrafos, radiocomunicação, navegação aérea e vias férreas*. A Constituição Federal de 1946¹⁷, por sua vez, divisou a *radiodifusão* e a *telefonía* dos tradicionais serviços de *telégrafos* e de *radiocomunicação*. Com a Constituição de 1967¹⁸ e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, passou-se a disciplinar a competência da União para os *serviços de telecomunicações* como um todo, sem outras especificações.

Inovando, a Constituição Federal de 1988¹⁹ introduziu a distinção de tratamento *inicialmente* entre ‘*serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens*’ de um lado, e os ‘*serviços públicos de telecomunicações*’, de outro, enumerando, expressamente, os *telefônicos*, os *telegráficos*, e os *de transmissão de dados* como serviços públicos. Mais tarde, a EC8/95²⁰ introduziu a distinção entre ‘*serviços de telecomunicações*’ e ‘*serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens*’. Além desta distinção entre os serviços nomeados de telecomunicações pelo diploma maior e os apartados deste rol comum e denominados de radiodifusão, promoveu-se a um nítido tratamento diferenciado das concessões, permissões e autorizações de radiodifusão submetidas ao art. 223 da CF/88.

O movimento de segregação entre os serviços de radiodifusão e os serviços *comuns* de telecomunicações foi seguido de disciplina infraconstitucional dada pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), que submeteu todos os serviços de telecomunicações às suas disposições *exceto* os serviços de *radiodifusão*,

¹⁵Constituição Federal de 1934: “Art. 5º Compete privativamente à União: VIII, explorar ou dar em concessão os serviços de telegraphos, radio-comunicação e navegação aerea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-ferreas que liguem, directamente portos maritimos a fronteiras nacionaes, ou transponham os limites de um Estado.” (CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 683-684).

¹⁶Constituição Federal de 1937: “Art. 15. Compete privativamente à União: VII – explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, rádio-comunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas que liguem directamente portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado.” (CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 599).

¹⁷Constituição Federal de 1946: “Art. 5º Compete à União: XII – explorar, directamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas, que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado.” (CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 474).

¹⁸Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional nº 1, de 1969: “Art. 8º Compete à União: XV – explorar, directamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações;” (CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 384 e 256-257).

¹⁹Constituição Federal de 1988: “Art. 21. Compete à União: XI – explorar, directamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União; XII – explorar, directamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações.”

²⁰Constituição Federal de 1988, com a redação da Emenda Constitucional nº 8, de 1995: “Art. 21. Compete à União: XI - explorar, directamente 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; XII – explorar, directamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens.”

cujo tratamento normativo permaneceu submisso ao antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) à exceção da competência da ANATEL sobre a alocação, fiscalização e questões correlatas ao espectro eletromagnético.

Estas distinções visíveis no ambiente constitucional ombream com inúmeras outras distinções entre serviços de telecomunicações implementadas em foro infraconstitucional advindas da evolução tecnológica e das peculiaridades de tratamento normativo exigidas por cada espécie de serviço de telecomunicações, que começaram sua especialização a partir do Código Brasileiro de Telecomunicações, de 1962. Hoje existem diversas subdivisões de serviços de telecomunicações em âmbito infraconstitucional: *telefônico fixo comutado; TV a cabo; distribuição de sinais multiponto multicanal; distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite; especial de televisão por assinatura; especial de radiochamada; avançado de mensagem; especial de radiorecado; especial de frequência padrão; especial de boletim meteorológico; especial de sinais horários; móvel por satélite; radiocomunicação aeronáutica; móvel celular; rede de transporte de telecomunicações; móvel especializado; rádio taxi especializado; telestrada; especial para fins científicos e experimentais; especial de radioautocine; limitado privado; limitado de radioestrada; limitado estações itinerantes; móvel aeronáutico; rádio do cidadão; radioamador; especial de radiodeterminação; especial de supervisão e controle; especial de rádio acesso; limitado especializado; rede especializado; circuito especializado; móvel marítimo dentre outros.*²¹

A multiplicação dos serviços de telecomunicações refletiu na produção normativa infraconstitucional e infralegal (decretos, portarias, resoluções, atos, dentre outros), gerando vasta regulamentação tanto mais específica quanto mais específicos os serviços a que se referem. Este movimento de *submissão incondicional às demandas de evolução tecnológica* encontrou certa sistematização normativa na *Lei Geral de Telecomunicações – LGT* (Lei 9.472/97), cujas disposições divisaram os serviços de telecomunicações em tópicos com efeitos jurídicos distintos capazes de desenhar blocos de serviços com características comuns, hierarquizando serviços e permitindo a racionalização regulamentar por intermédio de conceitos tais como os de público e privado, de interesse coletivo e de interesse restrito. Além destas distinções entre os serviços de telecomunicações, a LGT dispôs sobre três outros conceitos, que refletem o ambiente de transmissão e transporte de informações: as redes de telecomunicações; a radiofrequência; e as órbitas.

O estudo deste conjunto – serviços de telecomunicações e ambiente de operação dos serviços de telecomunicações, este último dividido didaticamente em redes de telecomunicações, espectro de radiofrequência e recursos de órbita – fornece o instrumental necessário à compreensão das especificidades e políticas públicas concernentes ao setor de telecomunicações.

²¹Cf. Ato nº 3.807, de 23 de junho de 1999, da ANATEL, que dispõe sobre a classificação dos serviços de telecomunicações quanto aos interesses que atendem.

5 - Constituição Federal de 1988, Emenda Constitucional nº 8 e os serviços de telecomunicações

A Constituição de 1988 nasceu em meio a uma postura de reação do Poder Executivo à divisão constitucional entre serviços públicos prestados por entes controlados pelo Estado e outros serviços públicos e privados passíveis de prestação por particulares. O Governo brasileiro procurava ampliar o leque de serviços passíveis de prestação por particulares. Neste contexto, houve a tentativa de afastamento dos serviços celulares, então nascentes, da regra constitucional delimitadora da prestação de serviços de telefonia por empresas com controle acionário estatal (art.21, XI pré Emenda Constitucional nº8/95). O Decreto nº 97.057, de 10 de novembro de 1988 – pouco mais de um mês após a promulgação da Constituição Federal de 1988 –, alterou dispositivos do antigo Regulamento Geral do Código Brasileiro de Telecomunicações (Decreto 52.026/63), acrescentando a possibilidade de emissão, pelo Executivo, de regulamento específico para os *serviços público-restritos*, já editado cerca de um mês antes da Constituição Federal de 1988 (Decreto 96.618, de 31 de agosto de 1988). Eles eram uma categoria tradicional de serviços de telecomunicações específicos diferenciados em razão da finalidade e facultados “ao uso dos passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicações”²².

Mesmo fechada a hipótese de prestação de serviços públicos de telecomunicações por empresas privadas a partir da Constituição Federal de 1988²³, procurou-se implantar uma *concorrência intramonopólio* nos serviços de comunicação de dados por intermédio da Portaria 525/88²⁴, do Ministério das Comunicações, que estendia às demais empresas do Sistema Telebrás a exploração de dito serviço antes restrito à Embratel. Acusa-se²⁵ *lobby* da Embratel, à época, de introduzir em dita portaria a exigência de que as operadoras regionais somente pudessem utilizar *redes dedicadas* passíveis de uso viável somente por clientes intensivos, embora a vocação dessas empresas estivesse voltada ao tráfego de varejo não-contínuo em face de sua alta capilaridade. Não fosse isso bastante, a evolução tecnológica já permitia a utilização de redes de dados comutadas e não-dedicadas para criação de *redes virtuais permanentes* mais confiáveis e mais baratas que as redes

²²Art. 6º, item 51 do Regulamento do Código Brasileiro de Telecomunicações aprovado pelo Decreto 52.026, de 20 de maio de 1963.

²³“Art.21. Compete à União. (...) XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.” (Constituição Federal brasileira de 1988)

²⁴Portaria nº 525, de 8 de novembro de 1988: “II – As demais empresas do Sistema TELEBRÁS, controladas ou associadas, compete: (...) c) Observado o disposto nos itens I e III [competências da Embratel e da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos] da presente Portaria, explorar os serviços: (...) 2 – Intraestadual por linha dedicada telefônico, telegráfico, e de comunicação de dados, especializados e não especializados, em suas áreas de operação;”.

²⁵Cf. REGO, Luiz Carlos Moraes. *As lições da liberalização*, p. 51. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 48-53.

dedicadas, praticamente inviabilizando qualquer espécie de ameaça à Embratel por parte das operadoras locais.²⁶

O início da década de 1990 foi caracterizado por *iniciativas espasmódicas* no setor de telecomunicações. A Lei 8.029, de 12 de abril de 1990, já esboçava o caminho da desestatização, pois autorizou a TELEBRÁS a reduzir para oito o número de suas operadoras, exceto a Embratel, por meio de fusões e incorporações dentro do Sistema TELEBRÁS, passando, cada uma delas a operar em *macrorregiões* definidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.²⁷

Ao lado disso, no ambiente internacional:

Em 5 de junho de 1990 (...), em Genebra, na Suíça, realizava-se uma reunião sobre o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (Gatt). Nela, os Estados Unidos apresentaram uma proposta de criação de ‘um novo tipo de telecomunicações, o *business telecommunication service*, ou serviço comercial, completamente diferenciado e separado legalmente da operação pública’. Dentro deste novo conceito, estariam os serviços de valor agregado (*enhanced services*), que representam o que há de mais lucrativo e mais moderno no setor.²⁸

Nesse ambiente ocorreu o embate das correntes *pró* e *contra* desestatização do setor de telecomunicações parcialmente paralizado em razão do *impeachment* do ex-presidente Collor em finais de 1992. No segundo semestre de 1992, a FITTEL (Federação Interestadual dos Trabalhadores em Telecomunicações) divulgou cartilha contendo os argumentos do *Movimento em Defesa da TELEBRÁS*.²⁹ De outro lado estavam as constatações de analistas do setor, em 1993, que refletiam a deterioração do Estado, acusando-o de ter perdido sua *função modernizadora*³⁰. A *radicalização*³¹ do debate foi rebatida à época e as análises comparativas do atraso brasileiro em telecomunicações evidenciavam a urgência de medidas que revertessem os índices de densidade telefônica e de digitalização das redes.³² Embora as propostas

²⁶Cf. REGO, Luiz Carlos Moraes. *As lições da liberalização*, p. 51. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 48-53.

²⁷Lei 8.029, de 12 de abril de 1990: “Art. 16. É o Poder Executivo autorizado a promover: I - por intermédio da Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás), a fusão ou a incorporação das empresas de telecomunicações, exceto a Embratel, integrantes do respectivo Sistema, de modo a reduzir para oito empresas de âmbito regional, as atualmente existentes, observado o que dispõe o parágrafo único do art. 14 desta lei, quanto ao referencial para a delimitação das regiões;”

²⁸VIANNA, Gaspar. **Privatização das telecomunicações**. 3^aed., Rio de Janeiro: Notrya, 1993, p. 255-256 – grifos nossos.

²⁹O texto do documento, juntamente com respostas aos argumentos da Fittel, encontra-se em: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 131-155.

³⁰Cf. MANCINI, Luciana. *O Estado e as telecomunicações*, p. 126. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 124-129.

³¹Alencastro e Silva lamentava, em 1993, que “à semelhança do que aconteceu quando se discutiu no país a política do petróleo, liderada pela corrente nacionalista, com seu *slogan* ‘O petróleo é nosso’, o debate sobre o problema da privatização das telecomunicações vem sendo radicalizado” (ALENCASTRO E SILVA, José Antônio. *Prefácio*, p. 4. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 4-7).

³²O Brasil ocupava, no início de 1992, o 42^o lugar em densidade telefônica, com 6,56 linhas por 100 habitantes, abaixo da média mundial de então de 9,77 linhas por 100 habitantes e da média latino-americana de 7,31 linhas por grupo de 100 habitantes. Cf. SIQUEIRA, Ethevaldo. *Brasil, décimo na América Latina*, p.26. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 24-29. O autor utilizou como fontes estatísticas a UIT – União Internacional de Telecomunicações (*Blue Book*), o *Anuário International Telecom Statistics 1992* da

estivessem, em regra, direcionadas à determinação da melhor forma de desestatização e introdução de modelos regulatórios normativos na estrutura da Administração Pública federal brasileira, houve propostas voltadas a adaptar o modelo monopolista a antiga autonomia gerencial por intermédio do controle pelos resultados viabilizados com o instrumento administrativo do *contrato de gestão*.³³ Em 25 de setembro de 1992, foi assinado pelo Ministro dos Transportes e Comunicações e pelo representante do Banco Mundial para a América Latina e Caribe o *Memorando de entendimento relativo à reestruturação do setor de telecomunicações*, que incluía subcapítulo específico destinado a resumir o compromisso do governo brasileiro na privatização do Sistema Telebrás.³⁴

A par destes acontecimentos, o setor de telefonia móvel estava em plena pauta do dia patrocinada por movimentos do Executivo para sua paulatina transferência à iniciativa privada. O espaço aberto pelo Decreto 96.618, de 31/08/1988, que regulamentava os Serviços Público-Restritos, evidenciava o interesse governamental de dar tratamento diferenciado ao Serviço Móvel Celular, remetendo-o à prestação privatizada. Em março de 1989, editais de licitação para escolha dos fornecedores de terminais do serviço móvel celular da subfaixa “A” foram publicados para São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília. A licitação de São Paulo foi anulada por iniciativa da TELEBRÁS, que alegou terem, as propostas apresentadas, preços excessivos além da impossibilidade de prestação do serviço de telefonia móvel na frequência de 800MHz, que, à época, estava alocada para o controle de tráfego aéreo. Nos casos de Rio de Janeiro e Brasília, recursos administrativos das empresas derrotadas nas licitações protelaram o início das operações celulares para 1990 e 1991. A *Nec*, vencedora da licitação no Rio de Janeiro, vendeu seu primeiro telefone celular portátil no Brasil em dezembro de 1990. A Portaria 117, de 07/12/1990, do então Ministério da Infra-Estrutura, publicou minuta da *Norma Específica de Telecomunicações – NET*, finalmente aprovada pela Portaria 31, de 25/02/1991, voltada a disciplinar a forma de *permissão* da prestação do Serviço Móvel Celular pela iniciativa privada na segunda rodada de licitações dirigidas para as cidades de São Paulo, região de Campinas, Belo Horizonte, Salvador, Recife e Fortaleza, indicando a atuação destas permissionárias em subfaixa de frequência³⁵ não-coincidente³⁶ a da prestadora de *Serviço Público de Telecomunicações*. Este esforço privatizante, entretanto, foi obstruído por ações judiciais apoiadas na proibição

Siemens, um levantamento internacional elaborado pela Revista Nacional de Telecomunicações (RNT) e pela *Telepress Lationamericana* de 1993.

³³Atacava-se o controle estatal comum à primeira metade da década de 1990 evidenciada na “tutela primária da restrição de meios. É absurdo que empresas do porte de uma Telesp ou de uma Telepar tenham que ser submetidas a regrinhas até para a admissão de engenheiros, cabistas, técnicos ou telefonistas” (SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 174).

³⁴Texto integral do *Memorandum of understanding relating to the restructuring of the brazilian telecommunications sector* em: VIANNA, Gaspar. **Privatização das telecomunicações**. 3ªed., Rio de Janeiro: Notrya, 1993, p. 271-274.

³⁵A definição das Subfaixas “A” e “B” vinha definido na Norma 004/88 (*Regulamento do Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Restrito Celular/Serviço Móvel Celular*) aprovada pela Portaria nº6, de 16/01/1989, do Ministério das Comunicações.

³⁶Norma Específica de Telecomunicações (NET), veiculada pela Portaria nº 31, de 25/02/1991: “Edital de Habilitação para a Exploração do Serviço Móvel Celular (...) 3.6 Dados do edital. 3.6.1 Dados obrigatórios. O Edital deve conter, entre outros, os dados a seguir indicados: b) a faixa de frequências para utilização na respectiva área, que será, entre as duas disponíveis na faixa de 800MHz, aquela não destinada à empresa prestadora de Serviço Público de Telecomunicações;”

constitucional de prestação de serviços públicos de telecomunicações por empresas que não fossem de maioria acionária estatal.³⁷ Somente em janeiro de 1993, foi definido o vencedor (*Nec*) da concorrência para o fornecimento de equipamentos do serviço móvel celular para a TELESP. Em razão de recursos administrativos, a operação seria protelada para alguns meses mais tarde. Isso não impediu a expansão do serviço móvel celular pelo interior de São Paulo e por outras regiões do país. Em 1994, o serviço móvel celular abrangia várias regiões.³⁸

Já em meados de 1990, com o intuito de dinamizar a prestação de serviços de telecomunicações, que encontravam obstáculos de investimentos privados a partir do texto constitucional³⁹, a equipe chefiada pelo então Ministro das Comunicações⁴⁰, propôs a prestação dos serviços de telecomunicações não mais centrada na figura do *Estado-prestador*, mas remetida ao potencial de investimentos privados, que deveriam ser *canalizados* por padrões de *qualidade e universalização* das telecomunicações, cuja demanda reprimida via-se bem caracterizada nos antigos *planos de expansão*. Os desejosos da privatização do conhecido *Sistema Telebrás* encontraram obstáculos de natureza jurídica, cujas limitações pretenderam extirpar mediante dispositivos normativos introduzidos na ordem jurídica brasileira⁴¹, seguindo-se cartilha

³⁷“Na prática, até o início de 1993, só os serviços celulares de faixa A estavam sendo implantados. E todas as tentativas para exploração da faixa B (...) haviam sido impedidas judicialmente por iniciativa de grupos de interesse político-sindicais, com base no inciso XI do artigo 21 da Constituição da 1988” (REGO, Luiz Carlos Moraes. *As licções da liberalização*, p.51. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 48-53). “Medidas judiciais anularam a desregulamentação dos serviços de telefonia celular” (PADILHA, Marcos Lopes. **Análise setorial: telefonia fixa em perspectiva**. Vol.I, São Paulo: Gazeta Mercantil, 2001, p. 23).

³⁸Cf.PADILHA, Marcos Lopes. **Análise setorial: telefonia móvel**. Vol.I, São Paulo: Gazeta Mercantil, 2000, p. 9.

³⁹“Consultados pelas grandes corporações internacionais, os advogados que, no Brasil, a elas prestam assessoria jurídica especializada, têm sido unânimes [em 1993], em seus pareceres técnicos, em desaconselhar qualquer investimento substancial nas telecomunicações brasileiras, até que, verdadeiramente, haja uma mudança na Constituição Federal e naquelas duas leis [Lei do Programa de Privatização e de Política de Exploração das telecomunicações públicas]” (VIANNA, Gaspar. **Privatização das telecomunicações**. 3ªed., Rio de Janeiro: Notrya, 1993, p. 261).

⁴⁰Cf.PRATA, José; BEIRÃO, Nirlando; TOMIOKA, Teiji. **Sergio Motta: os bastidores da política e das telecomunicações no governo FHC**. São Paulo: Geração editorial, 1999, p. 323-408.

⁴¹Dentre as inovações normativas mais relevantes, estão: a Lei 8.977, de 06/01/1995, que disciplinou o serviço de TV a Cabo e sua outorga; a Emenda Constitucional n.º 8, de 15/08/1995, que possibilitou a prestação de serviços de telecomunicações mediante autorização ou permissão e retirou a exigência de que somente fossem transferidos às empresas sob controle acionário estatal; o Regulamento de Outorga de Concessão ou Permissão para Exploração de Serviços de Telecomunicações em Base Comercial minutado pela Portaria 223, de 1º/09/1995 e aprovado pelo Decreto 1.719, de 28/11/1995; a Lei 8.987/95, que deu novo tratamento aos institutos da concessão e permissão de serviços públicos conforme art.175 da Constituição Federal de 1988; a Lei 9.074/95, que estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões, possibilitando também a transferência da prestação de serviços públicos mediante privatização (as duas últimas expressamente afastadas pela Lei 9.472/97, mas que servem para revelar a direção do esforço histórico do Executivo); a Lei 9.295/96, conhecida como Lei Mínima, que basicamente veio solucionar, a título provisório, a abertura da telefonia móvel celular ao capital privado; a Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que revogou a quase totalidade do antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), excepcionando as disposições relativas à radiodifusão e as referentes à matéria penal. A tudo isto, soma-se um conjunto gigantesco de Portarias do Ministério das Comunicações e Resoluções posteriores da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que disciplinam a prestação dos serviços de telecomunicações em específico, existindo a proposta de que tal regulamentação seja substituída por disposições que tratem do *meio de transmissão* em detrimento do *tipo de serviço prestado*.

internacional para dinamização setorial⁴². Munida desta nova perspectiva de prestação de serviços públicos, a base aliada do Executivo no Congresso Nacional deu prosseguimento às transformações normativas referentes aos serviços de telecomunicações, iniciadas pela retirada do óbice constitucional à flexibilização dos serviços de telecomunicações, que vinham qualificados pela Constituição Federal de 1988 como serviços *públicos*, tendo adquirido nova feição com a Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995.

Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 15/08/95

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;

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

Buscaram a adaptação da legislação às demandas de *globalização* do sistema de telecomunicações, de certa forma impostas por políticas de empréstimos internacionais⁴³, e voltadas à mudança do papel do Estado na economia, mediante o conceito do *Estado Regulador* em detrimento do *Estado Prestador*. Evidenciou-se a transformação da política estatal, abandonando a idéia de regulação operacional centralizada em nome de uma regulação operacional descentralizada. Esta mudança de perspectiva da função estatal foi acompanhada do fortalecimento da *regulação normativa* refletida na criação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

As modificações normativas descritas acima, acompanhadas das desestatizações, permitiram um salto expressivo dos investimentos privados no setor com a convergência do interesse internacional⁴⁴ para a demanda reprimida brasileira de serviços de telecomunicações.

⁴²O texto significativo a respeito é intitulado *The Blue Book* e é resultado de um esforço conjunto do *Telecommunication Development Bureau (BDT)* integrante da União Internacional de Telecomunicações (UIT) em colaboração com a Comissão Interamericana de Telecomunicações (CITEL) integrante da Organização dos Estados Americanos (OEA). O *livro azul* busca sintetizar recomendações oriundas de encontros internacionais para potencializar o desenvolvimento do setor de telecomunicações. O trecho a seguir transcrito é significativo quando aplicado ao sistema introduzido no Brasil: “*The telecommunication legislation should also set forth the basic policies and requirements that will apply to the services, facilities and operators within its scope. Typically, these provisions might include: public or social obligations that the dominant operator in the public telecommunication network generally has to meet, such as the duty to offer service on a non-discriminatory basis, to provide universal service, to make emergency and disaster relief services available, or to meet predefined quality or reliability requirements*” (ITU & CITEL. **Telecommunications for the Americas: the Blue Book**. Genebra, 2000, p. 9).

⁴³Esclarecedora a posição exarada pelo Banco Mundial na *Americas Telecom 2000*, realizada entre 10 e 15 de abril de 2000, no Rio de Janeiro, quando seu representante, Carlos Braga, foi questionado pelo Governo de Porto Rico sobre a ausência de linhas de crédito para empresas estatais prestadoras de serviços de telecomunicações. A resposta transmitiu decisão do Banco Mundial em somente fomentar o desenvolvimento de empresas privadas de telecomunicações em mercados livres, pois partiu do pressuposto de que a concentração do serviço de telecomunicações nas mãos do Estado não satisfaria as exigências de tecnologia e dinamização em um mundo globalizado.

⁴⁴Tal convergência do interesse internacional ficou evidente na maciça presença das multinacionais na privatização do Sistema Telebrás e dos ágios pagos. Para a telefonia fixa, a Tele Centro-Sul obteve ágio de 6,15%, vendida por R\$2,07bilhões para Telecom Itália e Opportunity enquanto a Telesp sofreu ágio

Após a abertura feita pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/1995, o Poder Executivo federal tentou regulamentar diretamente por Decreto o que chamou de *exploração de serviços de telecomunicações em base comercial*. O Decreto 1.719, de 28/11/1995, aprovou o *Regulamento de Outorga de Concessão ou Permissão para Exploração de Serviços de Telecomunicações em Base Comercial*. Com base nele, o Ministro das Comunicações aprovou a Portaria nº 327⁴⁵, de 19/12/1995, que submetia à *consulta pública prévia as características técnicas básicas* exigidas para a *autorização de meios de prestação de serviços de telecomunicações via satélite geostacionário*. Também fundada no Decreto 1.719/95, a Portaria nº 48, do Secretário de Serviços de Comunicações do Ministério das Comunicações, submetia à consulta pública prévia a proposta de ato normativo sobre *critérios e procedimentos contábeis para a prestação de Serviço Móvel Celular*. O Decreto 1.719/95 pretendia regulamentar a transferência da prestação de serviços públicos de telecomunicações para particulares conforme autorizado pela EC8/95, mas foi acusado de inconstitucionalidade, já que a Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/95) e a Lei 9.074/95, não se aplicavam ao setor de telecomunicações⁴⁶. Como o art. 21, XI da Constituição Federal de 1988 exigia a disciplina por lei do regime de autorização, concessão ou permissão inseridos pela EC8/95, o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a vigência do Decreto 1.719/95, em 27 de novembro de 1996 (ADIn 1.435/DF)⁴⁷, sob a alegação de que ele desrespeitara a reserva legal imposta pelo texto constitucional.

O julgamento do Supremo Tribunal Federal ocorreu quando já em vigor a chamada Lei Mínima (Lei 9.295, de 19/07/1996), que serviu como disciplina legislativa inicial dos serviços de telecomunicações tidos por mais urgentes e de alta atratividade econômica: subfaixa “B” do serviço móvel celular; serviços via satélite; serviços de *trunking*; serviços de *paging*; e, regulação da utilização de rede pública de

de 64,29%, vendida por R\$5,783bilhões para Telefônica, RBS Iderdrola, Portugal Telecom e BBV. No campo da telefonia celular, a Tele Leste Celular obteve ágio de 242,40% com preço de R\$428milhões, a Tele Sudeste Celular, de 138,59%, vendida por R\$1,36bilhão, a Tele Centro-Oeste Celular, um ágio de 91,36%, vendida por R\$440milhões, a Telesp Celular, um ágio de 226,18%, vendida por R\$3,588bilhões, a Tele Nordeste Celular, de 193,33%, vendida por R\$660milhões, a Telemig Celular, de 228,69%, vendida por R\$756milhões e a Tele Celular Sul, um ágio de 204,34%, vendida por R\$700milhões. (Fonte: Gazeta Mercantil de 30/07/1998: Encarte especial d ‘O leilão da Telebrás’, p. 1).

⁴⁵Portaria 327, de 19/12/1995, publicada no DOU de 21/12/1995, p. 21801/21802.

⁴⁶A Medida Provisória nº 890, de 13/02/1995, definia, em seu art. 1º, quais *atividades econômicas* estariam sujeitas aos regimes de concessão e permissão previstos na Lei 8.987, também de 13 de fevereiro de 1995, gerando, com isso, a interdependência entre os dois instrumentos normativos. O inciso III do art. 1º da MP nº 890/95 previa expressamente a aplicação dos dispositivos da Lei 8.987/95 às telecomunicações. Antes da promulgação da EC8/95, dita medida provisória foi analisada pelo Congresso Nacional, que considerou inconstitucional a inclusão das telecomunicações no rol comum de serviços públicos passíveis de concessão ou permissão da Lei 8.987/95. Como já estava em discussão a EC8/95, uma negociação entre Executivo e Legislativo resultou no compromisso de veto do inciso III do art. 1º da Lei 9.074, de 07/07/1995, que resultou da conversão da última reedição da MP 890, numerada como MP 1.017, de 08/06/1995. Desta forma, as duas leis – Lei 8.987/95 e Lei 9.074/95 – tornaram-se inaplicáveis aos serviços de telecomunicações.

⁴⁷Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.435-8/DF, relatada pelo Min. Francisco Resek e requerida pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Sessão plenária, de 27 de novembro de 1996, por maioria, vencidos os Ministros Francisco Resek (relator), Maurício Corrêa e Néri da Silveira, decidiu pela declaração de suspensão liminar de vigência do Decreto 1.719/95. Ementário de Jurisprudência do STF nº 1957-1, p. 40-60, DJ 06.08.1999.

telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado. Quando da aprovação do Decreto 1.719/95, não havia sido editada a Lei Mínima, que supria, em parte, a exigência de disciplina legal do art. 21, XI da Constituição Federal de 1988. Cogitou-se, no julgamento, na perda de objeto da ação direta de inconstitucionalidade movida contra o Decreto 1.179/95, alegando-se a sua revogação pela Lei 9.295/96, mas prevaleceu afinal a decisão de suspensão liminar de vigência do Decreto questionado. Poucos dias após a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Decreto 1.719/95 foi revogado.⁴⁸

Nos dois meses finais de 1996, já sob o manto da Lei 9.295/96, foi regulamentado o Serviço Móvel Celular pelo Decreto 2.056, de 04/11/1996, e alteradas as regras de privatização do serviço celular pela Medida Provisória nº 1.531. O território brasileiro foi dividido, pelo Governo, em 10 áreas de concessão para as operadoras da Banda “B”, cuja licitação ocorreu em 4 de junho de 1997, mas que somente foi fechado, em razão de discussões jurídicas e dificuldades de se encontrarem interessados para certas regiões, em 19 de outubro de 1998, quando o consórcio formado pela Tele Centro Oeste da Banda A de telefonia móvel celular e a Inepar arremataram a concessão da área 8 da Banda B de telefonia móvel celular.

Para o processo de desestatização, a União federal já contava com o funcionamento do *órgão regulador* previsto pela EC8/95 para o setor. Isto possibilitou a prévia estruturação estratégica do Estado para o enfrentamento das novas condições de regulação normativa centralizada, que foram impostas no modelo de prestação de serviços públicos e privados de telecomunicações por intermédio de particulares.

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL foi criada pela *Lei Geral de Telecomunicações – LGT* (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997) como *autoridade independente* (art.9º), assumindo a forma jurídica de entidade integrante da Administração Indireta da União, espécie de autarquia, sob supervisão do Ministério das Comunicações, e com características de ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo de seus dirigentes e autonomia financeira (art.8º, §2º). Em outubro do mesmo ano, o Presidente da República aprovou, por meio do Decreto 2.338, de 7 de outubro de 1997, o *Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações*, que viabilizou a instalação efetiva da ANATEL, cujo início de funcionamento aguardou até novembro do mesmo ano pelas nomeações e preenchimento de 4 dos 5 cargos do Conselho Diretor.⁴⁹ Somente em janeiro de 1999, o último cargo vago foi preenchido.⁵⁰

⁴⁸Decreto 2.087, de 4 de dezembro de 1996. Publicado no DOU de 05/12/1996, p. 25.847.

⁴⁹O primeiro Presidente do Conselho Diretor da ANATEL (Renato Navarro Guerreiro), com mandato inicial de 3 anos, foi nomeado pelo Decreto sem número de 4 de novembro de 1997, publicado no DOU de 5/11/1997, empossado no dia da publicação pelo Ministro das Comunicações, Sérgio Motta. Seguindo a ordem do art.25 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) de não-coincidência de mandatos, os outros 3 conselheiros nomeados nesta data tiveram mandatos de durações distintas: Luiz Francisco Tenório Perrone (mandato de 4 anos); José Leite Pereira Filho (mandato de 5 anos); Antônio Carlos Valente da Silva (mandato de 7 anos), todos também nomeados por Decretos do mesmo dia 4/11/1997 e empossados no dia 05/11/1997.

⁵⁰O Decreto sem número de 7 de janeiro de 1999 nomeou o último conselheiro (Luiz Tito Cerasoli), fixando para 04/11/2003 o término do mandato correspondente. O termo de posse foi assinado pelo Ministro das Comunicações João Pimenta da Veiga Filho, em 10 de janeiro de 1999.

Coube à ANATEL, por expressa disposição legal (art.97 da LGT), manifestar-se previamente à *cisão, fusão, transformação, incorporação, redução de capital* ou *transferência de controle acionário* das empresas concessionárias de serviços públicos de telecomunicações. A par disto, também foi estabelecido pela Lei Geral de Telecomunicações⁵¹ a competência da ANATEL para *aprovar editais de licitação, homologar adjudicações e decidir sobre a prorrogação, transferência, intervenção e extinção* das outorgas voltadas à prestação de serviços de telecomunicações no regime público. Os dispositivos citados exigiram a presença da ANATEL, mediante sua necessária manifestação sobre a transferência do controle societário das empresas federais de telecomunicações, que se deu pelos Atos 672 a 683 da ANATEL, de 3 de agosto de 1998.

6 - Divisão constitucional de titularidade de atividades em geral

A discussão jurídica surgida quando da alteração do art.21, XI e XII da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n.8/95 centrou-se sobre o *regime jurídico* de prestação dos serviços de telecomunicações. Tais serviços estariam submetidos, por inteiro, ao regime público? Estariam submetidos, por inteiro, ao regime privado? Ou, estariam submetidos a um duplo regime público e privado?

Para compreensão destas indagações, dois conceitos devem ser esclarecidos: regime jurídico; e titularidade constitucional das atividades econômicas em sentido amplo.

Regime é o sistema de uma disciplina jurídica. Assim, é o conjunto de regras jurídicas integradas para consecução de uma finalidade comum. Quando esta finalidade é de *interesse público* em meio a uma *relação vertical*⁵² caracterizada pela manifestação de *poder extroverso*⁵³ estatal, chama-se dito sistema de *regime público*.

Um dos elementos fundamentais para determinação do regime a ser aplicação a uma relação jurídica qualquer é a natureza da atividade em jogo. Se a atividade for considerada *exclusiva* do Estado, ou mesmo *privativa* do Estado, automaticamente, o regime jurídico aplicável será o público, em maior ou menor extensão conforme o caso. Se a atividade for considerada um *serviço social*, o regime variará conforme a pessoa prestadora. Finalmente, se a atividade estiver caracterizada como *atividade econômica*, o regime a ela aplicável será o privado.

⁵¹ Art. 22, V da Lei Geral de Telecomunicações, reproduzido no art. 35, VI do Regulamento da ANATEL aprovado pelo Decreto 2.338, de 07/10/1997.

⁵² Diz-se da relação em que o Estado detém uma posição privilegiada, gerando efeitos de subordinação. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p.68.

⁵³ Poder extroverso é a possibilidade de imposição de deveres ao outro sujeito da relação jurídica sem sua concordância. Decorre do poder público, da prevalência do interesse público e da possibilidade do uso da força física e sua exclusividade pelo Estado. Trata-se da manifestação do poder político assim entendido quando um centro de imputação normativa interfere unilateralmente na esfera jurídica de outrem. Poder extroverso é, portanto, a possibilidade de obrigar unilateralmente a terceiros. Opõe-se, portanto, ao chamado *poder interno*, que é o poder próprio das relações privadas consubstanciado na possibilidade do sujeito de direitos contranger sua própria esfera jurídica.

Embora a distinção acima apresentada seja relativamente clara, a definição da natureza das atividades não o é. O índice mais seguro para se estabelecer a distinção provém do texto constitucional. É dele que se extrai a titularidade das atividades em geral.

Há atividades que são atribuídas ao Estado de forma *exclusiva*, tais como as atividades de trato soberano (jurisdição, poder de polícia, tributação, dentre outros). São titularizadas pelo Estado e são impassíveis de transferência para os particulares.

Próximas às atividades *exclusivas* estão as atividades *privativas* do Estado. Elas são titularizadas pelo Estado mas a própria constituição permite a transferência de sua prestação ao particular. Como somente a prestação de ditas atividades pode ser transferida aos particulares por intermédio de contratos administrativos de concessão ou de permissão (art.175 da CF/88), o Estado continua responsável subsidiariamente por sua prestação.

Dentre as atividades *privativas*, está a parcela dos *serviços de telecomunicações* compreendidos como *essenciais* à sociedade. Também se enquadram nesta categoria alguns serviços pertinentes aos setores de energia elétrica, mineração, transportes, dentre outros.

Há uma categoria especial de serviços, que são titularizados integralmente tanto pelo Estado como pelos particulares, como os serviços de saúde e de educação. Quando prestados pelo Estado diretamente, ou por intermédio de terceiros, submetem-se a regime público. Se, entretanto, forem prestados por conta e risco dos particulares, submetem-se a regime privado.

Finalmente, o campo das *atividades econômicas* é residual. Enquadram-se nesta categoria todas as atividades não expressamente definidas como atividades *exclusivas*, *privativas* ou *sociais* pela Constituição Federal de 1988.

O conceito de serviço público surge então como um elemento aglutinador das atividades titularizadas pelo Estado, e, por consequência, tidas como *essenciais* à sociedade.

Tradicionalmente, os serviços de telecomunicações, no Brasil, foram considerados *serviços públicos* e, portanto, submetidos, via de regra, a regime especial administrativo (regime público). Com a modificação implementada pela Emenda Constitucional n.8, de 1995, o tratamento dos serviços de telecomunicações exprimiu claramente uma cisão do setor em atividades submetidas a regime público e atividades submetidas a regime privado, pois a emenda constitucional introduziu a competência da União para *autorização* do serviço de telecomunicação. Ao lado, portanto, dos contratos administrativos de concessão e de permissão de serviços públicos de telecomunicações, surgiu a possibilidade de mera liberação de amarras administrativas ao exercício da atividade econômica de telecomunicações. É nesta novidade constitucional que se apoia todo o sistema brasileiro atual de regulação de telecomunicações.

7 - Sigilo no setor de telecomunicações

O direito ao *sigilo* situa-se dentre os *direitos fundamentais*. Como elementos centrais para compreensão do sigilo, estão os conceitos de *vida privada* e *intimidade*.

7.1. Vida Privada e Vida Pública

A *vida privada* é definida em oposição à *vida pública*; à vida de conhecimento do público; à vida impassível de encobrimento; à vida composta de acontecimentos de natureza não reservada e, portanto, dentro do alcance da coletividade. O conceito de *vida privada*, por outro lado, detém relação com a *vida social*, mas se apresenta como *vida social de acesso restrito* ao grupo social que dela faz parte (família, no espaço da residência; colegas de trabalho, no espaço de trabalho; alunos, no espaço de aprendizado). O direito à vida privada protege a pessoa da exposição de informações compartilhadas por um grupo social em que esteja inserida. O grupo social correspondente terá acesso a tais informações em decorrência do inevitável convívio, mas não terá o direito de divulgá-las para além daquela esfera privada de conhecimento. O *direito à intimidade*, por sua vez, é um espaço ainda mais estreito dentro da vida privada: é “o direito que permite subtrair-se a personalidade de alguém, de maneira física ou psíquica, da exposição em relação à esfera da vida pública e à esfera da vida privada, compreendidas estas como sendo a vida social de conhecimento notório de todos e a vida social de acesso restrito a um determinado grupo, respectivamente”⁵⁴. O conceito de intimidade garante, portanto, uma esfera de participação de pessoas nas quais o titular do direito deposita *confiança* em conversações íntimas. É nesta esfera que se produzem as questões mais sensíveis sobre o sigilo (correspondência, comunicação reservada, dados reservados). Embora a doutrina alemã faça ainda uma subdivisão da intimidade em esfera do *segredo*, tal distinção não foi pleiteada pela Constituição Federal de 1988, que engloba o *segredo da vida privada* na intimidade. Assim, como categorias autônomas de direitos, constam da Constituição Federal de 1988 a *vida privada* e a *intimidade* (art.5º,X)⁵⁵.

Entendidas vida privada e intimidade como direitos fundamentais, quaisquer violações autorizadas pelo ordenamento jurídico em nome de outros bens constitucionalmente protegidos terão apenas a extensão necessária de fins legítimos de instrução criminal ou proteção de outros direitos fundamentais. Assim, a divulgação dos fatos oriundos da violação terão por destinatários somente os legítimos interessados, como, por exemplo, o juiz, o promotor da causa, os membros da respectiva Comissão Parlamentar de Inquérito ou a Receita Federal.

⁵⁴VALENTE, Christiano Mendes Wolney. **Sigilo bancário: obtenção de informações pela administração tributária federal**. Monografia de Final de Curso de Especialização em Direito Tributário da AEUDF. Brasília, 2003, p. 51.

⁵⁵“Art.5º (...). X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

7.2. Sigilo das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas

O sigilo se insere nesta temática de vida privada e intimidade como uma *segunda blindagem*, que dispensa, para sua configuração, do efetivo vazamento de informações de conteúdo privado ou íntimo. A proteção contida no art.5º, XII da Constituição Federal de 1988 refere-se à própria conduta de violação de correspondências, de comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, sejam estas atentatórias ou não à vida privada ou à intimidade.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A previsão da inviolabilidade do sigilo de comunicações telefônicas “salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” gerou intensa discussão no meio jurídico após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Todos os casos de interceptação telefônica levados aos tribunais antes da regulamentação deste art. 5º, XII foram invalidados como prova criminal⁵⁶. Somente em julho de 1996, a Lei 9.296 regulamentou a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, possibilitando a *interceptação telefônica*, por ordem judicial, seguidos certos requisitos⁵⁷. As demais proteções contidas no art.5º, XII – referentes ao sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, e de dados – não tiveram o tratamento rígido destinado às comunicações telefônicas. Tais garantias puderam e podem ser suspensas desde que presentes razões de interesse público (segurança pública, interesse da administração fiscal).

7.3. Interceptação telefônica *versus* escuta telefônica ou gravação clandestina

A par destas constatações, ainda se implementou na jurisprudência a distinção entre *interceptação telefônica* e *escuta telefônica* ou *gravação clandestina*. A escuta telefônica autorizada por um dos interlocutores não constitui violação do sigilo de comunicações telefônicas, desde que haja razão justificável amparada na legítima defesa⁵⁸. Finalmente, quanto à extensão do significado do sigilo das *comunicações telefônicas* constante do texto constitucional, entende-se que elas

⁵⁶Supremo Tribunal Federal, HC69912-0/RS, Tribunal Pleno, j.30/06/1993, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

⁵⁷Dentre os requisitos necessários para justificar a interceptação telefônica ou mesmo a interceptação de fluxo de comunicações em sistemas de informática ou telemática, estão: presença de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal dos investigados; inexistência de outro meio de prova cabível; que o fato investigado constitua infração penal punível com pena de reclusão; determinação da interceptação por decisão judicial mediante requisição de autoridade policial ou do representante do Ministério Público.

⁵⁸Supremo Tribunal Federal, HC74.678/SP, 1ª Turma, j.10/06/1997.

abrangem todo *fluxo* de informações caracterizado pela *instantaneidade* e *ausência de vestígios*. Assim, alcançam todos os sistemas de tráfego de informações por via telecomunicacional – telefônico, informático ou telemático. Por isso, o acesso a informações de chamadas telefônicas contidas em registros eletrônicos armazenados em prestadoras de serviços de telecomunicações não diz respeito ao *sigilo de comunicações telefônicas*, mas ao *sigilo de dados* do cliente. O princípio constitucional de *reserva de jurisdição* aplica-se expressamente somente às comunicações telefônicas e semelhantes fluxos de informática e telemática. Somente o juiz pode determinar sua violação. Já, os dados armazenados dizem respeito ao sigilo de dados, que não sofre tal reserva. Uma Comissão Parlamentar de Inquérito, por exemplo, pode adentrar justificadamente o sigilo fiscal, bancário ou de dados telefônicos de um investigado. Não pode, entretanto, decretar a suspensão do sigilo de comunicações telefônicas por se tratar de prerrogativa do Poder Judiciário. A matéria do sigilo ainda é polêmica, existindo quem diga que a referência do art.5º, XII ao sigilo de dados seria destinada a proteger em absoluto a *comunicação* de dados.⁵⁹ Este posicionamento parece estar fadado a ser superado em virtude dos avanços tecnológicos, que impõem a interpretação do art.5º, XII, no mínimo facultando-se a suspensão, por decisão judicial, da comunicação telefônica digitalizada em protocolos de internet.⁶⁰

7.4. O sigilo de comunicações e os dados cadastrais⁶¹

Outro tema de relevância no tocante ao sigilo no setor de telecomunicações diz respeito ao sigilo de *dados cadastrais*. Os dados cadastrais ou também chamados *dados pessoais* são compostos pelas informações pessoais tratadas de forma automática, manual ou mecanográfica e repassadas pelos assinantes às prestadoras de serviços de telecomunicações. Compõem tais dados, exemplificativamente: nome completo, filiação, número da carteira de identidade, Cadastro de Pessoa Física, endereço, dentre outros requeridos para o estabelecimento da relação contratual.

A discussão jurídica à respeito dos dados cadastrais recai sobre o dispositivo que os protegeria: somente o art. 5º, X, da Constituição Federal brasileira de 1988; ou, também, o art. 5º, XII? O efeito da aplicação do art. 5º, XII está na reserva de jurisdição lá prevista, que impediria, na ausência de ordem judicial, a liberação dos dados cadastrais a pedido do Ministério Público ou mesmo de Comissões Parlamentares de Inquérito.

Outro aspecto diz respeito à característica dos dados cadastrais. Existem dados cadastrais de *caráter nominativo*, ou seja, dados que possibilitam a

⁵⁹Considerando o sigilo de dados como sigilo de comunicações de dados imune a suspensão por decisão judicial, vide: voto do Min. Nelson Jobim (STF, RE 219.780/PE, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10.09.99, p.23). Considerando o sigilo de dados como passível de suspensão unicamente por decisão judicial, vide: voto do Min. Marco Aurélio de Mello (STF, Pet577QO/DF, DJ de 23.04.93).

⁶⁰Vide: voto do Min. Néri da Silveira, ADIMC n.1488/DF.

⁶¹Conferir o estudo detalhado sobre o tema em: PAULO, Cristiane Aparecida Avila. **Fornecimento de dados cadastrais de assinantes pelas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC**. 2006. 43f. (V Curso de Especialização em Regulação de Telecomunicações da UnB) – Grupo Interdisciplinar de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações & Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

identificação direta ou indireta de determinada pessoa. Somente estão protegidos pelo sigilo os dados de caráter nominativo, já que dados agregados colhidos para formatação de índices, tais como os índices necessários à comprovação de metas de universalização e de qualidade, não se enquadrariam nesta hipótese. Há previsão expressa de divulgação de informações agregadas por prestadora de serviços de telecomunicações na Lei Geral de Telecomunicações brasileira, art. 72, §2º. A discussão sobre o sigilo persiste, entretanto, para os dados cadastrais de caráter nominativo, bem como sobre quem estaria habilitado a exigí-los.

Os dados nominativos, por sua vez, podem ser subdivididos em: *dados sensíveis* e *dados não sensíveis*. Os primeiros referem-se a dados que podem ser considerados de domínio público, pertencentes, portanto à consideração da vida pública do sujeito, neles se inserindo os atributos da vida civil (nome, estado civil, domicílio, filiação) ou profissional (profissão, ocupação, educação, filiação a grupos associativos vinculados a sua atividade profissional). O direito à privacidade do indivíduo, nestes casos, está limitado pela possibilidade de controle da existência, veracidade e correção dos *elementos identificadores*, inclusive para viabilidade de correção de erros cadastrais. Os dados sensíveis, por outro lado, são aqueles que expressam opções e informações pessoais, de preferências, ideologias, crenças, traços de caráter, personalidade, condição social e relações pessoais que não estão sujeitos à averiguação pública por carência de interesse público em confirmá-los ou mantê-los disponíveis. Neles estão inseridos, no que interessa especificamente ao setor de telecomunicações, o registro das ligações efetivadas, o conteúdo delas, os documentos de cobrança, as opções de serviços contratados.

A Lei Geral de Telecomunicações agrega a todos estes fatores outro elemento: o dever das concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado de promover à divulgação das listas de assinantes. O art. 213 estabelece que será livre a qualquer interessado a divulgação, por qualquer meio, de listas de assinantes do STFC, bem como que é dever das operadoras fornecer, em prazos e preços razoáveis e de forma não discriminatória, a relação de seus assinantes a quem queira divulgá-la, entendida a relação de assinantes como o conjunto de informações que associa os nomes de todos os assinantes ou usuários do STFC na modalidade local aos respectivos endereços e códigos de acesso de determinada localidade, respeitadas as manifestações de não divulgação de seus códigos de acesso (Regulamento sobre Divulgação de Listas de Assinantes e de Edição e Distribuição de Lista Telefônica Obrigatória e Gratuita – LTOG). A exceção, portanto, à divulgação compulsória das informações cadastrais do assinante de serviços de telecomunicações públicos e privados de interesse coletivo está na manifestação do assinante pela sua não-divulgação. Trata-se, neste caso, do chamado *código de acesso não figurante*. Neste caso, mesmo se tratando de elementos nominativos não sensíveis, ou seja, de domínio público, estarão protegidos pelo sigilo.

Assim, se se tratar de informações cadastrais próprias à divulgação pela lista de assinantes ou informações adicionais expressamente autorizadas pelo assinante, podem requerê-las, independentemente de ordem judicial: qualquer pessoa física ou jurídica interessada na divulgação de listas de assinantes (divulgadora); prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo que possuam interconexão de redes com a detentora dos dados cadastrais; assinantes ou usuários, a quem se destina a LTOG. Dadas estas autorizações expressas de divulgação das

informações, com maior razão elas serão devidas se solicitadas pelo Ministério Público, por autoridade policial, por Comissão Parlamentar de Inquérito, ou mesmo, pelo Judiciário.

Os membros do Ministério Público defendem, entretanto, que a proteção do sigilo para os demais dados sensíveis não os atingiria, tendo-se em vista a necessidade de cumprimento de suas funções. Para tanto, fundamentam seus requerimentos no art. 80 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, bem como no art. 8, II, IV e VIII e § 2º, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.⁶² Esta questão não está pacificada na jurisprudência nacional, mas detém posicionamento firme da Agência Reguladora pela impossibilidade de divulgação de tais dados ao Ministério Público senão mediante ordem judicial.

Finalmente, mesmo sobre os dados cadastrais passíveis de divulgação em listas de assinantes, cuja natureza é, portanto, de elementos identificadores, podem ter sua apresentação definida pelo assinante. Trata-se do direito de controlar a forma como as informações cadastrais serão conhecidas por terceiros, dentro do limite da veracidade das informações disponibilizadas pelas listas telefônicas.

⁶²Art.8º. Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; (...) IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas; (...) VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública.

O PROCESSO ADMINISTRATIVO NA FISCALIZAÇÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES

Robespierre Foureaux Alves
Procurador do Estado do Espírito

1 – O processo e seus elementos essenciais

Segundo José dos Santos Carvalho Filho⁶³, o vocábulo *processo* é originário do latim *procedere*. *Pro* significa para adiante, para frente. Por sua vez, *cadere* tem sentido de caminhar. Assim, o termo traz a idéia de seguimento, de algo dinâmico, que caminha em direção ao futuro.

Ainda de acordo com o referido autor, podemos dizer que todo processo possui como elementos principais: finalidade e formalização⁶⁴.

Finalidade denota que todo processo existe para alcançar um objetivo. Não existe processo sem destinação específica. O processo não existe em si mesmo, mais sim como meio, como instrumento, para buscar uma meta, uma finalidade.

Já a formalização significa a imprescindibilidade de registro, de exteriorização dos atos praticados durante o processo. Para constatar a efetiva prática dos atos no curso do processo, tudo é formalizado nos autos. A formalização é também essencial para a identificação dos autores de cada ato processual e, conseqüente, para a responsabilização dos referidos autores caso se constate a prática de alguma ilegalidade ou irregularidade.

A formalização nos traz também a importante noção de que todo processo é formado por um conjunto ordenado de atos processuais. Atos processuais são as diversas condutas praticadas pelos sujeitos que atuam no processo na busca do objetivo buscado com a sua instauração.

2 – As modalidades de processo

São três as funções básicas do Estado: 1) legislativa, atribuída predominantemente ao Poder Legislativo, 2) jurisdicional, exercida em caráter predominante pelo Poder Judiciário; e 3) administrativa, essencialmente executada

⁶³ *Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999*, 2. ed., rev. ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3.

⁶⁴ É de nosso conhecimento que o doutrinador menciona também a vinculação interpessoal como elemento essencial do processo. Todavia, o referido elemento não foi aqui abordado intencionalmente, com o objetivo de simplificação da matéria.

pelo Poder Executivo.

No exercício de cada uma das funções são instaurados processos, com finalidades e regras de formalização próprias.

Assim, temos 3 modalidades básicas de processo no âmbito do Estado:

A) processo legislativo: aquele em que o Estado, no exercício da função legislativa, tem por objetivo a elaboração de atos normativos (leis), que irão regular de forma genérica e abstrata a vida em sociedade;

B) processo jurisdicional: aquele em que o Estado, no exercício da função jurisdicional, tem por objetivo resolver um conflito de interesses, um litígio, a fim de preservar a paz e a harmonia social;

C) processo administrativo: aquele em que o Estado, no exercício da função administrativa, tem por objetivo praticar um ato administrativo final, na busca da realização imediata e direta do interesse público, ou seja, do interesse da coletividade. Além disso, é também o instrumento através do qual os particulares podem pleitear junto ao Estado o reconhecimento de seus direitos.

3 – O processo administrativo

Nas palavras do já citado José dos Santos Carvalho Filho, podemos conceituar processo administrativo como “*instrumento que formaliza a seqüência ordenada de atos e atividades do Estado e dos particulares a fim de ser produzida uma vontade final da Administração*”⁶⁵. Como vimos acima, a vontade final do Estado sempre deve ser emitida tendo como finalidade a consecução do interesse público.

Temos, por exemplo, os processos licitatórios, nos quais o Estado, pretendendo contratar obra ou serviço ou adquirir bens, seleciona, entre propostas apresentadas por diversos interessados, aquela mais vantajosa para o Poder Público. Ao término do processo, o Estado emite sua vontade no sentido de contratar a empresa A ou a empresa B. Qual é o interesse público concretizado através do processo licitatório? A realização das atividades do Estado da melhor forma possível, contratando empresas idôneas e pagando preços dentro dos praticados no mercado, além de dar igual oportunidade a todas os interessados que pretendem contratar com o Estado.

Ainda como espécie de processo administrativo podemos citar os concursos públicos, que buscam escolher, entre todos os candidatos, aqueles que são mais aptos para o exercício de determinada função pública. Ao final do processo, o Estado produz sua vontade final pelo ingresso do candidato João, da candidata Maria, ou de ambos, em seus quadros.

⁶⁵ *Manual de Direito Administrativo*, 15. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 802.

Outros exemplos são os processos administrativos instaurados para aplicar sanções administrativas a uma empresa. O Estado inicia o processo com o objetivo de sancionar uma empresa pelo descumprimento de norma legal ou de cláusula de contrato administrativo, segue todo o procedimento previsto no ato normativo de regência e, ao final, emite sua vontade pela aplicação desta ou daquela sanção administrativa.

4 – A Lei de Processo Administrativo Federal – Lei nº 9.784/99

O processo administrativo é formado por um conjunto ordenado de atos processuais. Assim, a condução do processo precisa estar regulamentada em um ato normativo, que irá definir o procedimento a ser seguido pelo Estado ou pelo particular para a busca do objetivo do processo administrativo.

4.1 – Situação anterior à Lei

Antes do advento da chamada Lei de Processo Administrativo Federal – Lei nº 9.784, de 29.01.1999, cada ente ou órgão público possuía um ato normativo próprio definindo procedimento específico para os processos que tramitavam em seus setores.

Tal situação trazia confusão e dificuldades não só para os servidores públicos, responsáveis pela condução dos processos, mas também, e principalmente, para os particulares. A cada vez que o particular precisava procurar uma entidade ou órgão público para formular um requerimento ou apresentar uma reclamação antes era preciso descobrir e conhecer o ato normativo que regulamentava o trâmite do processo administrativo na entidade ou órgão.

Atualmente, em âmbito federal, temos a Lei nº 9.784/99, que disciplina de forma sistemática e genérica o processo administrativo, fixando normas básicas sobre a matéria.

A referida lei é considerada um marco no Direito Administrativo, porque positivou (ou seja, tornou lei) o entendimento dos tribunais brasileiros e dos autores da área jurídica sobre diversas questões envolvendo o instituto do processo administrativo.

4.2 – Incidência Subjetiva da Lei e sua aplicação à ANATEL

A quem se aplica a Lei nº 9.784/99? Quem deve cumprir os seus preceitos?

A lei se aplica a toda a Administração Pública Federal Direta e

Indireta⁶⁶, como está expresso em seu artigo 1º. Assim, seus preceitos devem ser observados por todos os órgãos públicos federais, assim como pelas autarquias, fundações públicas de direito público, empresas públicas e sociedades de economia mista federais.

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, nos termos do artigo 8º da Lei 9.472, de 16.07.1997, é uma autarquia federal em regime especial, vinculada ao Ministério das Telecomunicações, portanto, integra a Administração Pública Federal Indireta e, assim, está sujeita às disposições da Lei nº 9.784/99.

4.3 – Incidência Objetiva da Lei e sua aplicação aos processos administrativos da ANATEL

A Lei nº 9.784/99, repita-se, trata de normas gerais sobre processos administrativos.

Ocorre que, como já dito, quando da sua promulgação, já existiam atos normativos que previam regras especiais para determinadas espécies de processos administrativos.

A regulamentação preexistente desses processos administrativos, como não poderia deixar de ser, foi preservada pela Lei nº 9.784/99, mas desde que estivesse prevista em lei.

Por isso, dizemos que aos “processos administrativos específicos ou especiais”, que são aqueles que possuem regulamentação própria em lei específica, as disposições da Lei nº 9.784/99 aplicam-se de forma subsidiária e complementar. Subsidiária em relação aos assuntos omissos na lei especial, e complementar quanto aos assuntos insuficientemente tratados na legislação especial, a fim de dar completude aos seus dispositivos.

Essa é a prescrição contida no artigo 69 da Lei nº 9.784/99, abaixo transcrito:

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Já no que toca aos chamados “processos administrativos gerais ou genéricos”, que são aqueles destituídos de regulamentação em lei própria, as normas contidas na Lei nº 9.784/99 aplicam-se integralmente.

Destarte, em relação aos processos administrativos da ANATEL, ainda que os mesmos estejam regulamentados por atos normativos próprios (Regimento Interno da agência – Anexo da Resolução nº 270/01 e Regulamento de Aplicação de

⁶⁶ O vocábulo “*Administração Direta*” significa o conjunto formado por todos os órgãos integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em todas as esferas, que exercem função administrativa. Já “*Administração Indireta*” é conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar atividades administrativas de forma descentralizada, abrangendo as autarquias, fundações de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista e os consórcios públicos.

Sanções – Anexo da Resolução nº 344/03), é forçoso reconhecer que se encontram integralmente submetidos às disposições da Lei nº 9.784/99, já que não há lei especial tratando da matéria.

Tal raciocínio nos permite ainda chegar à conclusão de que, toda e qualquer disposição contida no regimento interno e no regulamento que contrariar ou infringir normas da Lei nº 9.784/99 é inválida, devendo prevalecer as prescrições contidas na lei federal.

5 – Os princípios aplicáveis ao processo administrativo

Princípios jurídicos são idéias básicas, preceitos de caráter geral, a serem seguidos na aplicação das regras jurídicas.

Existem princípios gerais de Direito, que se aplicam a todos os seus ramos. Há ainda princípios que se aplicam a ramos específicos do Direito, como ao Direito Civil, ao Direito Penal e ao Direito Administrativo.

Por fim, há princípios específicos que se aplicam somente ao processo administrativo.

Nesse sentido, ao estudarmos o processo administrativo é essencial analisarmos os princípios jurídicos gerais e específicos que sobre ele incidem, especialmente porque uma das funções dos princípios é auxiliar na interpretação e aplicação das regras jurídicas.

Destarte, passaremos a enumerar os princípios que se aplicam aos processos administrativos, apresentando breves comentários sobre sua incidência, bem como indicando as normas do Regimento Interno da ANATEL que tem por finalidade dar aplicação aos referidos princípios no âmbito dos processos administrativos da agência.

5.1 - Princípio da legalidade

De acordo com o princípio da legalidade, a Administração Pública deve dar fiel cumprimento à lei. Enquanto aos particulares é permitido fazer tudo o que não está proibido pela lei, à Administração Pública só é permitido fazer o que está autorizado por lei.

Em decorrência disso, constitui obrigação do Estado, e portanto da ANATEL, observar todas as normas contidas na lei que regula os processos administrativos.

Todos os atos praticados nos processos administrativos devem ter amparo legal.

Vide artigo 33, I, do Regimento Interno.

5.2 – Princípio do devido processo legal

Os processos administrativos devem ser conduzidos da forma definida em sua lei de regência, sendo vedada a condução de processos administrativos de forma arbitrária e em desconformidade com as previsões legais.

Como conseqüência, as fases do processo devem ser seguidas, bem como respeitadas as formalidades exigidas na lei.

Vide artigo 33, VIII, do Regimento Interno da ANATEL.

5.3 – Princípio da finalidade

A Administração Pública só pode perseguir finalidades que atendam aos interesses da coletividade.

Assim, todos os atos praticados nos processos administrativos devem visar ao interesse público, sendo ilegítimos quaisquer atos que tenham como finalidade outros fins, como perseguir ou prejudicar empresas ou pessoas físicas ou obter vantagens ilícitas.

Vide artigo 33, II, III e XI, do Regimento Interno da ANATEL.

5.4 – Princípio da razoabilidade

A Administração Pública deve atuar dentro de limites aceitáveis, sendo vedadas as condutas bizarras, radicais ou exageradas.

Todos os atos praticados nos processos administrativos que não atendam a padrões mínimos de razoabilidade são inválidos.

5.5 – Princípio da proporcionalidade

Deve haver correspondência entre os fins buscados pela Administração Pública e os meios utilizados em sua busca.

Não se pode utilizar o processo administrativo para impor gravames aos administrativos (particulares) maiores dos que reclama o interesse público a ser protegido.

Traz a idéia de que as sanções aplicadas devem ser suficientes para penalizar os interessados na exata medida da infração praticada, sem lhe trazer prejuízos excessivos.

Vide artigo 33, VI, do Regimento Interno da ANATEL.

5.6 – Princípio da moralidade

A Administração Pública sempre deve agir segundo padrões éticos e de honestidade, inclusive quando conduz processos administrativos para realização dos interesses da coletividade.

Vide artigo 33, IV, do Regimento Interno da ANATEL.

5.7 – Princípio da oficialidade

A instauração (início) dos processos administrativos e o seu curso, até a decisão final, são de competência da Administração Pública, independentemente da vontade ou concordância dos particulares.

A Administração Pública pode agir mediante provocação ou requerimento de particulares, mas não depende de solicitação destes para atuar.

Vide artigos 33, X, e 76, *caput* e §1º, ambos do Regimento Interno da ANATEL.

5.8 – Princípios da ampla defesa e do contraditório

Sempre que existirem interesses conflituosos, litígios, possibilidades de a Administração Pública interferir na liberdade e no patrimônio dos particulares, antes de proferir sua decisão, deve o Estado conferir ao particular o direito de se manifestar, de apresentar alegações e provas, bem como de contestar as afirmações do Poder Público.

Assim, em todo processo administrativo que tiver por objetivo a aplicação de uma sanção administrativa, antes de decidir pela aplicação ou não aplicação da penalidade, deve a Administração intimar o particular para apresentação de defesa.

A ampla defesa abrange também a possibilidade de o administrado ser assistido por um advogado no processo administrativo, bem como de recorrer contra as decisões, pedindo sua revisão pela autoridade superior.

Vide artigo 36, III, IV e V, e artigos 72 e 77, II, todos do Regimento Interno da ANATEL.

5.9 – Princípio da publicidade

A Administração Pública dever dar ampla divulgação aos seus atos, a fim de que os particulares tenham ciência dos atos por ela praticados e possam impugná-los, quando entenderem que não se voltam para a consecução do interesse público.

Por isso, as decisões proferidas nos processos administrativos devem ser publicadas e os particulares têm direito de ser informados sobre o andamento dos processos administrativos e de ter acesso aos autos.

Vide artigos 33, V, e 36, II e VI e artigos 40 e 77, IX, todos do Regimento Interno da ANATEL.

Registre-se que entendemos que o artigo 79 do Regimento Interno, que dispõe serem sigilosos os procedimentos administrativos para apuração de descumprimento de obrigações, ao nosso juízo, é inconstitucional, por malferimento direto do princípio da publicidade.

5.10 – Princípio da verdade material

A Administração deve sempre buscar a verdade nos processos administrativos, a fim de tomar decisões de acordo com as circunstâncias fáticas corretas.

Nesse sentido, ainda que seja dever dos interessados provar suas alegações, à Administração é permitido notificá-los ou a terceiros para apresentar documentos, requisitar documentos junto a órgãos públicos, inspecionar locais e bens, colher depoimentos, enfim, praticar todos os atos necessários para alcançar a chamada “verdade real”, que é aquela que mostra os fatos como efetivamente ocorreram.

Vide artigo 76, *caput* e §1º, do Regimento Interno da ANATEL.

5.11 – Princípio da motivação

A Administração Pública está obrigada a demonstrar as razões que a levaram a praticar atos e tomar decisões.

Assim, nos processos administrativos, não bastará praticar atos e decidir, sendo necessário indicar as circunstâncias de fato e de direito que embasaram a atuação do Poder Público.

A motivação é importante para permitir aos particulares ter conhecimento sobre os motivos que levaram a Administração a atuar desta ou daquela maneira, bem como para que os interessados possam interpor recursos administrativos ou lançar mão dos meios judiciais cabíveis para tentar reverter as decisões tomadas pelo Poder Público.

Vide artigos 33, VII, e 77, VII, do Regimento Interno da ANATEL.

5.12 – Princípio da segurança jurídica

Deve haver um mínimo de certeza e estabilidade nas relações jurídicas entre a Administração Pública e os particulares.

A Administração deve atuar sempre de boa-fé, sendo-lhe vedado, sem prévia e pública notícia, modificar seu entendimento já consolidado sobre determinada matéria para causar prejuízo ou agravar a situação dos interessados.

5.13 – Princípio da supremacia do interesse público

Se houver colisão (conflito) entre um interesse individual e o interesse público, este deverá sempre prevalecer.

No processo administrativo, o Poder Público deve priorizar sempre o interesse da coletividade, em detrimento dos interesses individuais dos agentes públicos e dos particulares.

5.14 – Princípio da eficiência

A Administração Pública deve sempre buscar obter os melhores resultados de forma ágil e eficiente.

Nos processos administrativos esse princípio significa o estímulo ao uso de mecanismos que permitam maior rapidez na tramitação dos processos e na prática dos atos processuais, sendo incentivados o uso de microcomputadores e equipamentos modernos.

5.15 – Princípio do informalismo ou formalismo moderado

Salvo exigência legal, a Administração não deve adotar excessivo rigor na tramitação dos processos administrativos.

Deve ser seguido o procedimento previsto em lei, mas de forma compatível com o objetivo a ser alcançado com o processo administrativo, sem formalidades destituídas de sentido ou exageradas.

Vale ressaltar, todavia, que se houver formalidade exigida em lei, esta deve ser cumprida, sob pena de nulidade do ato praticado.

Vide artigo 33, IX, do Regimento Interno da ANATEL.

5.16 – Princípio da gratuidade

Via de regra, a atuação da Administração Pública nos processos deve ser gratuita.

Não deve o Poder Público exigir dos interessados o pagamento de taxas ou custas, ressalvados os casos em que tal conduta se revelar necessária e houver previsão legal para tanto.

6 – As fases do processo administrativo

Podemos dizer que todo processo administrativo possui três fases, quais sejam:

- A) **INSTAURAÇÃO:** é o início do processo administrativo, fase em que são descritos os fatos que ensejaram o processo e a finalidade buscada pela Administração;
- B) **INSTRUÇÃO:** etapa em que são coletadas todas as provas e informações necessárias para subsidiar a decisão que será tomada ao final do processo;
- C) **RELATÓRIO:** fase em que todas as ocorrências relevantes do processo, desde sua instauração, são registradas, bem como, via de regra, é apresentada pelo agente público responsável pela condução do processo sugestão de decisão a ser tomada pela autoridade competente;
- D) **JULGAMENTO:** também chamada fase decisória, na qual, com base em todas as informações, elementos e provas presentes no processo, a autoridade competente proclama sua decisão.

7 – O Processo Administrativo para Apuração de Descumprimento de Obrigações - PADO

O PADO é uma espécie de processo administrativo, que se encontra regulamentado por atos normativos da ANATEL e, nos termos do artigo 71 do Regimento Interno, tem por finalidade averiguar o descumprimento de obrigações por parte das prestadoras dos serviços de telecomunicação, objetivando a tomada de decisão pela autoridade competente.

O processo tem um prazo para ser instaurado, que é de 5 (cinco) anos, contados da prática da infração ou, no caso de infração continuada, do dia em que tiver cessado, de acordo com o §3º do artigo 71 do Regimento Interno. Esse prazo é chamado de prazo decadencial e, uma vez esgotado, não mais poderá a ANATEL instaurar processo administrativo tendo por objeto punir o infrator.

7.1 – Instauração do PADO

A instauração ou início do PADO pode ocorrer de ofício ou a requerimento.

Quando o processo for instaurado por provocação decorrente de denúncia ou requerimento de terceiros, como prescreve o artigo 77, I, do Regimento Interno, haverá início através de “ato de instauração”.

O “ato de instauração” deve conter todos os requisitos enumerados no inciso I do supracitado artigo, quais sejam: a) os fatos em que se baseia o início do processo; b) as normas definidoras das supostas infrações praticadas; e c) as sanções previstas para a infração cuja prática será averiguada através do processo.

Por sua vez, quando o processo for instaurado de ofício, em função de

fiscalização realizada pela agência, a peça inaugural será o “auto de infração”, nos termos do artigo 78, I, do Regimento Interno.

Esse início do processo sem provocação de terceiros é uma decorrência do princípio da oficialidade, aqui já tratado. Vale lembrar que, qualquer que seja a forma de instauração, a condução do processo, até decisão final, ocorre de ofício, ou seja, independe de requerimento do interessado.

Os requisitos do “auto de infração” estão enumerados no parágrafo único do citado artigo 78.

7.2 – Notificação do interessado

Uma vez instaurado o processo, de acordo com o inciso II do artigo 77, o interessado será notificado para oferecer defesa e apresentar ou solicitar as provas que entender cabíveis.

Trata-se de norma que visa dar concretude aos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que impõe à ANATEL o dever de oportunizar ao interessado expor a sua versão dos fatos e produzir provas, a fim de se defender contra a suposta prática da infração que lhe é imputada pela Administração, antes de a agência aplicar qualquer sanção administrativa.

Importante frisar que é vedada a aplicação de qualquer sanção sem garantir ao interessado a oportunidade de apresentar defesa, como prescreve expressamente o *caput* do artigo 175 da Lei nº 9.472/97 – LGT. Aplica sanções sem observar os princípios da ampla defesa e do contraditório constitui conduta contrária ao direito, e podendo ser anulada pelo Poder Judiciário ou pela própria ANATEL.

A notificação, que deverá conter todos os elementos enumerados no inciso II do artigo 77, será realizada em uma das formas previstas no artigo 65 do Regimento Interno, quais sejam: a) pessoal; b) ofício com aviso de recebimento; c) qualquer outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado; ou d) publicação de edital no Diário Oficial da União, com divulgação também na biblioteca da agência.

Vale registrar que, de acordo com o parágrafo único do artigo 65 do Regimento Interno, a notificação através de edital somente deverá ser utilizada quando for impossível a notificação por qualquer dos outros meios.

Os incisos do artigo 65 trazem três regras importantes quanto à notificação:

- É dever do interessado informar seu endereço para correspondência e eventuais alterações.
- No caso de notificação postal, se o interessado se recusar a assinar o aviso de recebimento, o agente encarregado certificará a entrega da notificação;

- Uma vez entregue o ofício no endereço indicado pelo interessado, considera-se realizada a notificação.

As notificações podem ainda ser utilizadas para solicitar a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou por terceiros (artigo 76 do RI), bem como para comunicar os interessados sobre as decisões proferidas no processo (artigo 77, VII do RI).

7.3 – Fase probatória ou instrutória

Quanto à fase probatória, já dissemos que é nela que a Administração e os interessados produzem as provas que entendem necessárias.

Os interessados, nos termos do artigo 75 do Regimento Interno, poderão juntar documentos e pareceres, assim como requerer diligências e perícias, arcando com os respectivos ônus. A ANATEL deverá fixar prazo para a realização das diligências e perícias, de acordo com sua complexidade.

Segundo o artigo 74 do Regimento Interno, nas hipóteses em que os interessados declararem que fatos e dados relevantes para a sua defesa constam de registros da própria ANATEL ou de outros órgãos públicos, deverá a agência prover a obtenção das informações, desde que os interessados indiquem o processo em que se encontram.

Todo e qualquer meio lícito de prova deverá ser admitido no PADO, podendo ser recusadas, através de decisão fundamentada da agência, as provas ilícitas, desnecessárias ou protelatórias (que tem por objetivo retardar o andamento do processo), como prescrevem os §§1º e 2º do artigo 75 do RI.

Apesar de, nos termos do artigo 74 do RI, caber aos interessados o ônus da prova dos fatos que alegaram, vale registrar que, por força dos princípios da oficialidade e da verdade real, a ANATEL poderá utilizar todos os meios lícitos possíveis para buscar a verdade acerca dos fatos ocorridos, inclusive notificando interessados, terceiros ou órgãos públicos para prestar informações e apresentar documentos (artigo 76 do RI). Das referidas notificações deverão constar datas, prazos, formas e condições para seu cumprimento.

7.4 – Fase decisória

Como prescreve o artigo 34 do Regimento Interno, a ANATEL tem o dever de emitir decisão explícita em todos os processos administrativos, estando ainda obrigada a decidir sobre as solicitações, reclamações e denúncias a ela apresentadas.

Em homenagem ao princípio da motivação, todas as decisões deverão apresentar as razões de fato e de direito que a fundamentam. Assim, não basta aplicar ou não uma penalidade ou deferir ou não um pedido, é imprescindível expor as circunstâncias fáticas e jurídicas que motivaram a decisão.

Os elementos probatórios presentes no processo deverão ser considerados pela ANATEL ao decidir (art. 75, §2º, do RI).

As decisões deverão ser tomadas pelas autoridades competentes. A definição do feixe de competências de cada autoridade que integra a estrutura hierárquica da ANATEL deve ser verificada no Regimento Interno da agência.

Dentro do prazo de instrução, e antes da decisão, a Procuradoria da ANATEL deverá emitir parecer de forma fundamentada (art. 77, VI do RI).

Proferida a decisão, o ato será publicado no Diário Oficial da União, dando-se ainda ciência ao interessado, através de uma das formas previstas no artigo 65 do RI.

Caso o interessado se sinta prejudicado e não concorde com o ato decisório, poderá apresentar pedido de reconsideração, a fim de que a autoridade que decidiu reveja sua decisão, ou poderá interpor recurso administrativo à autoridade superior.

7.5 – Aspectos formais

Como já visto, uma das finalidades de todo processo administrativo é a formalização, a fim de registrar todas as condutas praticadas pela Administração Pública no curso do procedimento.

Pois bem, a formalização do PADO, como a de qualquer processo administrativo, está sujeita a algumas regras, dentre as quais, cabe-nos destacar as seguintes, que estão enumeradas nos §§1º a 3º do artigo 53 do Regimento Interno:

- Devem ser juntados aos autos dos processos administrativos todos os documentos pertinentes ao assunto tratado;
- As páginas dos autos devem ser seqüencialmente numeradas, iniciando-se a numeração a partir da capa, que será a página nº 01;
- Todas as páginas do processo devem ser rubricadas;
- A juntada de qualquer documento deve ser formalizada através da indicação de sua natureza (defesa, notificação, auto de infração, etc...), data e hora da juntada, nome do servidor e sua assinatura;
- A autenticação de cópias poderá ser realizada pela própria agência, após a devida verificação do conteúdo da cópia em relação ao original;
- Somente deve ser exigido reconhecimento de firma quando houver previsão legal para tanto ou fundada dúvida quanto à autenticidade da assinatura.

7.6 – Regras relativas à contagem dos prazos

A contagem dos prazos é atividade de extrema importância em todo processo, seja legislativo, judicial ou administrativo.

Portanto, é importante conhecer as regras relativas à matéria, contidas nos §§1º a 4º do artigo 94 do Regimento Interno. São elas:

- a) Os prazos são contados excluindo o primeiro dia e incluindo o último dia;
- b) Os prazos somente começam a ser contados a partir do primeiro dia útil subsequente à notificação ou à publicação a que se referem;
- c) Considera-se prorrogado o prazo para o primeiro dia útil subsequente se o vencimento ocorrer em fim de semana, em feriado, em dia em que for determinado o fechamento da repartição ou em dia em que o expediente for encerrado antes do horário normal;
- d) Quando a notificação foi realizada por via postal, esta se considera operada na data indicada no aviso de recebimento.

Vamos a alguns exemplos práticos.

Considere o prazo de 15 (quinze) dias para apresentação de defesa por um interessado, que foi notificado no dia 06.09.2006 (quarta-feira). O primeiro dia do prazo será 08.09.2006 (quarta-feira), já que dia 07.09.2006 é feriado, e o último dia do prazo será 22.09.2006 (sexta-feira). Repare que os dias não úteis do citado exemplo (sábado e domingo), como não são nem o primeiro nem o último dia do prazo, foram incluídos na contagem, já que se trata de prazo de 15 dias, e não de 15 dias úteis.

Considere agora um prazo de 5 (cinco) dias para apresentação de um documento por um interessado, e que a empresa foi notificada em 02.10.2006 (segunda-feira). O primeiro dia do prazo será 03.10.2006 (terça-feira), e o último dia do prazo será 09.10.2006 (segunda-feira), já que 07.09.2006 é sábado e 08.09.2006 é domingo.

8 – A aplicação de sanções administrativas pela Anatel

Sanções administrativas são penalidades aplicadas pela Administração Pública aos particulares.

No caso da ANATEL, podem motivar a aplicação de sanções a violação das normas aplicáveis ao setor das telecomunicações e o descumprimento das cláusulas previstas nos instrumentos jurídicos que regulamentam a prestação dos serviços de telecomunicação e o uso da radiofrequência.

Cabe salientar que a ANATEL exerce função administrativa, por isso, deve sempre buscar o interesse público e não pode deixar de aplicar as sanções sempre que restar comprovada a prática de uma infração. É o chamado dever-poder de punir, sempre condicionado à observância das regras e princípios pertinentes.

8.1 – Parâmetros gerais para aplicação de sanções administrativas

Preliminarmente, é importante ressaltar que as sanções não podem ser

aplicadas ao alvedrio da agência, devendo ser seguido o procedimento previsto na legislação de regência, por força do princípio do devido processo legal.

São três os instrumentos que fixam regras para a aplicação das sanções administrativas pela ANATEL: a Lei nº 9.472, de 16.07.1997, a Lei nº 8.977, de 06.01.1995 e o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas – Anexo da Resolução nº 344, de 18.07.2003.

Desde já vale ressaltar as regras essenciais previstas no artigo 5º do Regulamento, que devem ser observadas na aplicação de qualquer sanção:

- 1 – Obrigatoriedade de fundamentação das decisões;
- 2 – Imprescindibilidade de prévia notificação do interessado para apresentação de defesa prévia;
- 3 – Observância do princípio da proporcionalidade na escolha e dosagem das penalidades.

8.2 – Condutas que ensejam a aplicação de sanções

A violação das normas contidas nas Leis nº 9.472/97 e na Lei nº 8.977/95 enseja a aplicação de sanções administrativas aos responsáveis.

Da mesma forma, o descumprimento pelos particulares dos deveres previstos dos contratos de exploração de serviço de telecomunicação, dos termos de permissão e de autorização de serviço público de telecomunicação, dos termos de autorização de uso de radiofrequência, dos termos de direito de exploração de satélite e dos atos para exploração de serviços de comunicação de massa.

Registre-se que poderão ser considerados infratores pela ANATEL tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas.

Há ainda previsão na LGT (artigo 177) e no Regulamento (artigo 6º, §1º) no sentido de que, no caso de infrações praticadas por pessoas jurídicas, também deverão ser punidos com sanção de multa os administradores controladores, quando houverem agido de má-fé. Ressaltamos que, por se tratar de norma que desconsidera a personalidade jurídica das empresas e traz graves conseqüências para os sócios gerentes, deve ser aplicada com temperamento, e somente nos casos em que efetivamente restar demonstrada a má-fé dos controladores.

8.3 – Circunstâncias a serem consideradas na aplicação das sanções

O artigo 173 da Lei nº 9.472/97, bem como o Regulamento, em seu artigo 7º, fixam as circunstâncias que devem ser consideradas na aplicação das sanções administrativas.

As referidas circunstâncias são aspectos relativos à infração e ao infrator que devem ser analisados em cada caso concreto pela autoridade competente para definir qual é a sanção mais adequada a ser aplicada.

Entre as circunstâncias que se referem à infração, temos:

- natureza e gravidade;
- danos resultantes para o serviço e para os usuários;
- proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção, inclusive quanto ao número de usuários atingidos;

Já as circunstâncias a serem consideradas quanto ao infrator são as seguintes:

- circunstâncias gerais agravantes e atenuantes;
- antecedentes;
- reincidência específica;
- participação do infrator no mercado dentro de sua área geográfica de prestação do serviço; e
- situação econômica e financeira do infrator, em especial sua capacidade de geração de receitas e seu patrimônio.
- vantagens auferidas com a infração.

8.3.1 – Antecedentes

É considerado antecedente, nos termos do inciso II do artigo 2º do Regulamento, toda sanção de qualquer natureza ou grau imposta ao infrator em prazo igual ou inferior a 5 (cinco) anos e cujo ato de aplicação tenha sido devidamente publicado no Diário Oficial.

O termo inicial para a contagem retroativa do prazo quinquenal, para fins de consideração ou não de uma sanção anterior como antecedente, é a data de notificação do interessado acerca da instauração do PADO.

Qualquer sanção aplicada há mais de cinco anos da data da notificação não poderá ser considerada como antecedente.

8.3.2 – Reincidência Específica

Nos termos do inciso IV do artigo 2º do Regulamento, reincidência específica, para fins de aplicação de sanções administrativas pela ANATEL, é a repetição de infração de igual natureza, independentemente do grau, imposta há no máximo 2 (dois) anos da publicação do ato de sua imposição.

O termo inicial, assim como para os antecedentes, é a data da notificação do interessado acerca da instauração do PADO.

Como prescreve o parágrafo único do artigo 7º do Regulamento, sanção imposta há mais de dois anos não é suficiente para caracterização de reincidência específica, mas pode ser considerada como antecedente.

8.4 – Gradação das infrações

O artigo 8º do Regulamento estabelece três graus de infrações: leves, médias e graves.

Assim, nos termos da norma:

- Infrações leves: aquelas que decorrem de condutas involuntárias e “escusáveis” do infrator, e das quais ele não se beneficie;
- Infrações médias: aquelas que decorrem de conduta inescusável, mas que não traz para o infrator qualquer benefício ou proveito, nem afeta número significativo de usuários;
- Infrações graves: aquelas em que for constatado um ou mais dos elementos abaixo:
 - Má-fé do infrator;
 - Auferimento de benefício direto ou indireto pelo infrator;
 - Reincidência;
 - Prejuízo a um número significativo de usuários

Segundo o §1º do artigo 8º, a gradação das infrações deve considerar sua natureza, o caráter técnico e as disposições legais e regulamentares a respeito.

Como atualmente não há lei ou regulamento que tipifique as infrações ou estabeleça sua classificação em graus, a verificação da efetiva prática de ato infracional e sua gradação deverão ser realizadas pela agência de acordo com as circunstâncias do caso concreto, observados os princípios da finalidade, razoabilidade, proporcionalidade e supremacia do interesse público.

Cabe ainda registrar que entendemos que condutas escusáveis, que são aquelas que podem ser desculpadas, não podem ser consideradas como infrações.

8.5 – Sanções administrativas em espécie

De acordo com o artigo 4º do Regulamento, são 6 (seis) as espécies de sanção que podem ser aplicadas pela ANATEL. Vejamos cada uma delas:

8.5.1 – Advertência

Trata-se de mera reprimenda escrita aplicada ao infrator. Tem caráter preventivo, visando também a induzir o particular a cumprir fielmente as disposições normativas e contratuais aplicáveis à prestação do serviço ou à execução da atividade.

Não gera nenhum efeito material ou concreto sobre a prestação do serviço ou atividade, e nem mesmo sobre os bens ou sobre o patrimônio do sancionado.

Via de regra, conforme artigo 9º do Regulamento, deve ser aplicada para infrações leves, quando as circunstâncias previstas no Regulamento não justificarem a imposição de pena mais grave.

Não pode ser substituída por sanção de multa (artigo 10 do Regulamento).

8.5.2 – Multa

Sanção de natureza pecuniária, que pode ser imposta de forma isolada ou em conjunto com outra penalidade (artigo 13 do Regulamento)

Seu valor irá variar em função da infração cometida, conforme fixado no anexo do Regulamento, não devendo ser superior a R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) para cada infração, nos termos do artigo 14 do referido ato normativo.

Há previsão no artigo 15 do Regulamento de acréscimos percentuais de até 35% (trinta e cinco por cento) sobre os valores das multas, em função de circunstâncias agravantes, existindo também previsão de redução de no máximo 10% (dez por cento) por força de circunstâncias atenuantes.

A sanção de multa pode ser aplicada em substituição a outra penalidade, exceto a de advertência, caso a ANATEL, em decisão fundamentada, entenda que sua imposição será mais conveniente para o interesse público a ser protegido (art. 10 do Regulamento).

O prazo para pagamento das multas é de 30 (trinta) dias, contado da publicação do ato de imposição no Diário Oficial da União, sob pena de acréscimo de juros e multa moratória, inscrição no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – CADIN e em Dívida Ativa da União, tudo de acordo com o artigo 22 do Regulamento.

8.5.3 – Suspensão Temporária

Penalidade imposta com o objetivo de privar temporariamente o particular do direito de explorar o serviço outorgado pela ANATEL ou de usar o bem público cuja autorização foi autorizada pela agência.

Possui âmbito de aplicação restrito à autorização de serviço de telecomunicações e ao uso de radiofrequência, forte no artigo 180 da Lei nº 9.472/97, e deverá ser imposta no caso de infrações graves cujas conseqüências não justificarem a decretação de caducidade.

Prescrevem o parágrafo único do artigo 180 da LGT e o §1º do artigo 11 do Regulamento que o prazo da suspensão não poderá ser superior a 30 (trinta) dias.

Segundo o §2º do Regulamento, nos casos de aplicações sucessivas da sanção em tela, se ultrapassado o prazo-limite de 30 dias, poderá ser aplicado, mediante solicitação do infrator, o procedimento de intercalação de suspensões, em prazo não superior a trinta dias.

8.5.4 – Decretação de Caducidade

Conforme artigos 27 e 29 do Regulamento, trata-se de penalidade severa, que importa na extinção da concessão, permissão, autorização de serviço de telecomunicação ou na extinção de autorização de uso de radiofrequência.

É aplicada para os casos de infrações graves, enumeradas nos artigos 97, 114, 122 e 140 da Lei nº 9.472/97.

A título de exemplo, são condutas que enseja a cassação a falência da empresa e a transferência irregular da concessão ou permissão.

8.5.5 – Cassação

Sanção que importa na extinção da concessão de exploração do serviço de TV a cabo, nos termos do artigo 28 do Regulamento.

Ensejam sua aplicação o cometimento de faltas graves pela concessionária, enumeradas no artigo 41 da Lei nº 8.977/95.

8.5.6 – Declaração de Inidoneidade

Penalidade administrativa aplicada às pessoas físicas e jurídicas, bem como aos administradores e controladores, em virtude da prática de atos ilícitos que visem a frustrar procedimento licitatório realizado pela ANATEL.

Seu efeito é impedir que o sancionado participe de licitação ou celebre contrato ou outro instrumento jurídico com a agência por prazo não superior a 5 (cinco) anos, a ser fixado pela autoridade competente em cada caso concreto.

Vale consignar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668/DF, entendeu que a ANATEL está submetida às normas gerais de licitação e contratos administrativos, que estão dispostas na Lei nº 8.666/93.

Destarte, impende considerar que a sancionada com declaração de inidoneidade poderá requerer sua reabilitação junto à autoridade competente após 2 (dois) anos de aplicação da penalidade, e que a reabilitação deverá ser concedida sempre que a Administração for ressarcida pelos prejuízos causados, como está expresso no §3º do artigo 87 da citada Lei nº 8.666/93.

8.6 – Disposições previstas nos contratos, termos e atos

Segundo o artigo 26 do Regulamento, quando os contratos de concessão e termos ou atos de permissão e autorização contiverem disposições especiais acerca da aplicação das sanções administrativas, estas devem ser observadas, aplicando-se, no que couber, as normas previstas no Regulamento.

9 – A adoção de medidas cautelares pela Anatel

9.1 – Noção

Medidas cautelares são atos administrativos praticados pela ANATEL a fim evitar a ocorrência de danos aos interessados, à Administração Pública ou à coletividade, ante a evidente ameaça de que possam ocorrer.

9.2 – Pressupostos e condições de validade

As medidas cautelares não podem ser tomadas em qualquer situação, mas somente nos casos de risco iminente de dano ou risco de vida, que são os dois pressupostos para a sua adoção, nos termos do artigo 72, parágrafo único, e do inciso V do artigo 204, ambos do Regimento Interno.

Por outro lado, a implementação das medidas cautelares está sujeita a observância de algumas condições, que devem ser cumpridas.

Inicialmente, em homenagem ao princípio da motivação, exige-se que, previamente ou concomitantemente à adoção de qualquer medida cautelar, a autoridade competente apresente de forma clara e transparente as razões de fato e de direito que a justificam. A motivação nunca poderá ser posterior à prática do ato, exceto em casos excepcionalíssimos.

Ainda, por força do princípio da proporcionalidade, devem ser adotadas as medidas estritamente indispensáveis para evitar a lesão, sendo vedado causar gravames desnecessários aos interessados.

Por fim, a adoção das medidas urgentes por qualquer agente deve ser submetida à ratificação da autoridade superior, que poderá confirmá-la ou determinar a sua cessação.

9.3 – Oitiva prévia do interessado

Nos termos do parágrafo único do artigo 175 da Lei nº 9.472/97 e do parágrafo único do artigo 72 do Regulamento, as medidas cautelares urgentes poderão ser tomadas pela ANATEL sem prévia manifestação do interessado.

Isso significa que nos casos urgentes é possível à agência adotar as medidas necessárias para evitar a ocorrência da lesão ou do dano sem anterior notificação do interessado para apresentação de defesa.

Todavia, vale registrar que, de acordo com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a regra é que se deve permitir ao interessado se defender antes da adoção de qualquer medida pela ANATEL, motivo pelo qual entendemos que se havia tempo hábil para ouvir o interessado e a agência não o fez, o ato cautelar praticado será nulo de pleno direito.

9.4 – Medidas cautelares cabíveis

Atualmente, somente podem ser tomadas duas medidas cautelares:

- interrupção de funcionamento de estações de telecomunicação e radiodifusão;
- lacre de estações de telecomunicação e radiodifusão.

9.5 – Momento de adoção

As medidas cautelares podem ser tomadas antes do início do processo administrativo, quando são chamadas “medidas cautelares prévias”, ou no curso do procedimento, quando são classificadas como “medidas cautelares incidentais”.

A FISCALIZAÇÃO NAS TELECOMUNICAÇÕES

Gabriel Boavista Laender

Procurador do Estado do Espírito Santo

Especialista em Regulação de Telecomunicações (UnB)

Membro do Grupo de Direito Setorial da Faculdade de Direito da UnB

Membro do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB

1 – A fiscalização

Fiscalizar significa exercer função de fiscal. E fiscal é o representante do Fisco, responsável pelo recolhimento de tributos e pelo cumprimento da legislação tributária. Se formos ao dicionário, essa será a definição mais precisa que encontraremos para a fiscalização, e serve para ilustrar o fato de que inexistente uma acepção precisa do que venha a ser essa atividade. É, contudo, atividade mais do que relevante, tendo posição de destaque no que hoje se entende por função regulatória setorial.

O que normalmente se entende por fiscalização envolve a atividade da Administração Pública de zelar pelo cumprimento da lei e dos regulamentos. Abrange, assim, o exercício de atividade ordenadora – também denominada *poder de polícia* – e de atividade de gestão, como se verá.

2 – A atividade administrativa

A atividade administrativa pode ser dividida em três ramos centrais, conforme a doutrina do espanhol García de Enterría, adotada e adaptada por juristas como Carlos Ari Sundfeld e Eros Roberto Grau:

- i. administração de gestão;
- ii. administração fomentadora;
- iii. administração ordenadora.

2.1. Conceito de administração de gestão

A **administração de gestão** corresponde à função de gerir as atividades qualificadas como públicas, de titularidade estatal. Engloba, assim, a prestação de serviços públicos (exclusivos ou privativos do Estado) e serviços sociais (atribuídos ao Estado, mas sem exclusividade, como educação e saúde). Também se inserem nessa classificação as atividades estatais de exploração econômica, seja em regime de monopólio público (como o refino de petróleo), seja em regime de concorrência com particulares (como a exploração de serviços bancários).

2.2. Conceito de administração fomentadora

A **administração fomentadora** corresponde à função de, mediante estímulos e incentivos, induzir determinados comportamentos. Sua principal característica é a ausência de mecanismos de coerção. Ao invés destes, busca-se premiar o particular pela prática de determinados atos ou por uma conduta específica. Como exemplo, têm-se as bolsas de estudos, financiamentos públicos, incentivos fiscais, entre outros.

2.3. Conceito de administração ordenadora

A **administração ordenadora**, por fim, *corresponde à parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio*⁶⁷.

3 – Pressupostos da administração ordenadora

A administração ordenadora é atividade que consiste, como evidencia seu conceito, em interferência do Estado sobre a atividade privada. São elementos centrais do conceito, que definem seus pressupostos:

- i. exercício de função administrativa;
- ii. disciplina da vida privada;
- iii. relação genérica do Estado com o particular.

3.1. Exercício de função administrativa

A função administrativa tem lugar quando a lei prevê que o Executivo deve interferir em um setor regulado. Importante notar que, em diversos setores regulados, a lei não prevê a intervenção da Administração Pública, tal como na maioria dos atos da vida civil, regulados pelo Direito Civil.

De forma geral, diz-se que a **função administrativa** é a aplicação da lei pela Administração. A ela se somam a função legislativa (ou legiferante) e a função judicial. Útil, nesse ponto, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Esta trilogia não reflete uma verdade, uma essência, algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção *política* invulgarmente notável e muito bem sucedida, pois recebeu amplíssima *consagração jurídica*. Foi composta em vista de um claro propósito ideológico do Barão de Montesquieu, pensador ilustre que deu forma explícita à idéia de tripartição. A saber: impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes.⁶⁸

⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29.

Desse modo, dentro de um modelo institucional que objetiva limitar o poder dos governantes, a função administrativa corresponde à obediência à lei e sua execução. Também nas palavras do ilustre administrativista:

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.⁶⁹

A atividade ordenadora, como dito, pressupõe o exercício de função administrativa. Assim, por exemplo, embora consista em limitação à esfera particular, a disciplina de condutas decorrente da atividade administrativa não corresponde à administração ordenadora. Do mesmo modo, a disciplina em lei de determinadas condutas, feita pelo Legislativo – ou pelo Executivo, no exercício de função legiferante –, não constitui atividade ordenadora.

3.2. Disciplina da vida privada

A administração ordenadora, como vimos, se dá na disciplina das atividades privadas, no campo de atividades próprios dos particulares. Isso exclui, logo, a disciplina de atividades executadas por particulares em regime de delegação, como é o caso da prestação de serviços de telecomunicações no regime público.

Isso não significa dizer, contudo, que as atividades públicas delegadas a particulares não estejam sujeitas à fiscalização. Ao contrário, como se verá, nesses casos a fiscalização é até mesmo mais intensa. Contudo, nessa hipótese não se exerce atividade ordenadora, mas sim atividade de gestão, conforme veremos adiante.

Outro ponto importante é saber se incide a administração ordenadora sobre entes públicos – ou seja, se um ente público pode fiscalizar outro ente público, de esfera de poder diversa, tal como uma autarquia fiscalizando um ministério, ou mesmo um outro ente federado. Nesse ponto, parte-se do pressuposto de que o modelo constitucional de repartição de competências deve ser preservado. Se o outro ente estatal exercer atividade tida como privada, sujeita-se aos condicionamentos impostos pela lei e pelo ente público competente para a disciplina dessa atividade. Se assim não fosse, haveria usurpação de competência. Nesse caso, portanto, embora desempenhada por ente público, a atividade é equiparada à dos particulares e, assim, sujeita à administração ordenadora – e, logo, à fiscalização.

3.3. Relação genérica do Estado com o particular

Por dizer respeito à vida privada, e não ao exercício pelo particular de funções públicas, a vinculação do administrado com a Administração é genérica, sujeita aos condicionamentos gerais previstas na lei e regulamentos – nunca por atos específicos. Assim, a administração ordenadora tem sempre por fundamento o que está disposto na lei ou em regulamentos, aplicáveis de forma geral e indistinta.

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., p. 34.

Por causa disso, quando se cuidar do exercício de atividade ordenadora, toda previsão de poderes do fiscal deve decorrer da lei ou de regulamentos, nunca de atos específicos, sem caráter regulamentar, tais como os termos de autorização. Isso não impede, contudo, a fixação de compromissos específicos no termo de autorização, pois há previsão legal específica que ampare esse tipo de determinação:

Lei Geral de Telecomunicações

Art. 135. A Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade.

Parágrafo único. Os compromissos a que se refere o *caput* serão objeto de regulamentação, pela Agência, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

Art. 136. Não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.

[...]

§ 3º Dos vencedores da licitação será exigida contrapartida proporcional à vantagem econômica que usufruírem, na forma de compromissos de interesse dos usuários.

Contudo, como se vê na dicção da lei, esses compromissos devem estar previstos na regulamentação, salvo no caso de licitações. Assim, somente em autorizações licitadas se admite a fixação de compromissos por meio de ato específico – o termo de autorização. E, em todos os casos, somente se fala em condicionamentos de interesse dos usuários, o que não inclui o poder de fiscalizar.

Desse modo, o grau de sujeição dos particulares à fiscalização deve decorrer da lei e dos regulamentos, nunca de atos específicos, quando se tratar de administração ordenadora.

4 – A fiscalização como atividade ordenadora

Como visto, há atividade ordenadora quando se fala em condicionamento de direitos de particulares, referentes à própria esfera particular de atuação – e não à atuação pública – e que decorra do cumprimento de preceitos genéricos fixados em lei ou regulamento.

Entre as atividades que compõem a administração ordenadora, insere-se a fiscalização:

À competência para impor condicionamentos se agrega a de fiscalizar sua observância. Trata-se do poder, atribuído pela lei à Administração, de verificar permanentemente a regularidade do exercício dos direitos pelos administrados. [...]

Não se trata de poder implícito da Administração, derivado de hipotética competência para acompanhar cada circunstância da vida privada. Decorre sempre de disposição de lei. Há condicionamentos impostos aos particulares cujo cumprimento

é fiscalizado unicamente pelos outros particulares, no interior de seu relacionamento recíproco. (daí configurarem condicionamentos de direito privado). São exemplos o dever de fidelidade no cimento, o cumprimento de obrigações contratuais, etc.

Há poder de fiscalização para a Administração quando previsto expressamente pela lei, ou quando decorrer logicamente da competência administrativa para impor condicionamentos ou reprimir sua infração. Portanto, apenas se vislumbra poder fiscalizatório implícito quando se tratar inequivocamente de condicionamento administrativo.⁷⁰

Portanto, há fiscalização para verificar o cumprimento dos condicionamentos fixados na lei, pertinentes a atividades eminentemente privadas, sob regime de direito privado. Por significarem invasão do Poder Público na órbita privada, devem estar claras e expressas na lei – ou serem decorrência inexorável dos condicionamentos impostos pelo ordenamento jurídico.

A competência da Anatel para fiscalizar os serviços de telecomunicações sob regime privado consta do art. 19, XI, da LGT:

Lei Geral de Telecomunicações

Art. 1º. Compete à União, **por intermédio do órgão regulador** e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicação.

Parágrafo único. A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a **fiscalização** da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.

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:

[...]

XI – expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, **fiscalizando** e aplicando sanções.

Dessa forma, a Anatel possui competência genérica para a fiscalização de serviços de telecomunicações (art. 1º, parágrafo único) e, de forma específica, para os serviços prestados no regime privado. Seus funcionários, nos termos da Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004, têm as seguintes prerrogativas:

Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004

Art. 3º São atribuições comuns dos cargos referidos nos incisos I a XVI, XIX e XX do art. 1º desta Lei:

I - fiscalização do cumprimento das regras pelos agentes do mercado regulado;

[...]

⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. Cit., pp. 75 e 76.

Parágrafo único. No exercício das atribuições de natureza fiscal ou decorrentes do poder de polícia, são asseguradas aos ocupantes dos cargos referidos nos incisos I a XVI, XIX e XX do art. 1º desta Lei as prerrogativas de promover a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, e de requisitar, quando necessário, o auxílio de força policial federal ou estadual, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções.

Essas prerrogativas serão tratadas especificamente mais à frente.

5 – A fiscalização como atividade de gestão

Outra hipótese em que se verifica a fiscalização diz respeito à execução por particulares de contratos administrativos, dos quais se destaca, para o presente estudo, o contrato de concessão de serviços públicos.

A concessão de serviços públicos, como se sabe, é forma de delegação a particulares de atividade de titularidade estatal. É, logo, atividade pública, porém cuja execução foi assumida por um particular. Por esse motivo, as condições e critérios de execução do serviço pelo particular não resultam do exercício de administração ordenadora – como visto, esta incide sobre atividades privadas, não públicas. Em verdade, trata-se de atividade de gestão – aquela mediante a qual o Estado regula atividades que lhes são próprias.

No caso de serviços públicos delegados, a doutrina é pacífica ao admitir uma forte ingerência estatal em sua prestação. Essa ingerência assume a forma das chamadas cláusulas exorbitantes, entre as quais se encontra a de fiscalização da execução do contrato. Na LGT, o art. 93, X, exige que se faça constar nos contratos de concessão a forma como se dará a fiscalização. Atendendo a esse dispositivo, fixou-se, nos atuais contratos, capítulo dedicado ao regime da fiscalização, que abaixo se transcreve:

Capítulo XX - Do Regime de Fiscalização⁷¹

Cláusula 20.1. A Anatel exercerá a fiscalização do serviço ora concedido a fim de assegurar o cumprimento dos pressupostos de universalização e continuidade inerentes ao regime público de sua prestação, bem como para zelar pelo cumprimento das metas e dos compromissos constantes do presente Contrato.

§ 1º A fiscalização a ser exercida pela Anatel compreenderá a inspeção e acompanhamento das atividades, dos equipamentos, das instalações, dos contratos e da situação econômico-financeira da Concessionária, seja por meio da atuação direta de seus agentes de fiscalização, seja por meio de requisição formal, implicando amplo acesso a todos os dados e informações da Concessionária ou de terceiros, que deverão ser fornecidos tempestivamente, na forma requisitada, de acordo com o disposto neste Contrato.

§ 2º As informações colhidas no exercício da atividade fiscalizatória serão publicadas na Biblioteca, à exceção daquelas que, por solicitação da Concessionária, sejam consideradas pela Anatel como de caráter confidencial.

§ 3º As informações que venham a ser consideradas de caráter confidencial, nos termos do parágrafo anterior, somente serão utilizadas nos procedimentos

⁷¹ Retirado do modelo de contrato de concessão de STFC, modalidade local.

correlacionados ao presente Contrato, respondendo a Anatel e aqueles por ela indicados por qualquer divulgação, ampla ou restrita, de tais informações fora deste âmbito de utilização.

§ 4º A fiscalização da Anatel abrangerá também o acompanhamento e controle das ações da Concessionária nas áreas técnica, contábil, comercial e econômico-financeira, podendo estabelecer diretrizes e procedimentos necessários à efetividade da fiscalização, bem como suspender toda e qualquer atividade que seja incompatível com as exigências de universalização, qualidade, eficiência, segurança e continuidade do serviço.

§ 5º A contabilidade da Concessionária será apresentada separadamente para a modalidade do STFC objeto deste Contrato, e obedecerá ao plano de contas estabelecido, nos termos da regulamentação, devendo registrar e apurar, separadamente, os investimentos e os custos dos diversos componentes de sua rede.

§ 6º A Concessionária se obriga a prestar à Anatel, nos termos da regulamentação, informações relevantes, entre outras:

I - as de natureza econômico-financeira e contábil, incluindo informações sobre balanço patrimonial, demonstrações de resultado, endividamento, origens e aplicações de recursos;

II - as de natureza comercial, incluindo a base instalada de usuários, por tipo e por setor de concessão, receitas líquidas e brutas, número total de minutos e chamadas tarifadas e número de assinantes inadimplentes por plano de serviço;

III - as de natureza técnico-operacional, incluindo a capacidade instalada por setor da planta externa, comutação e portas de transmissão, planos de introdução de novas tecnologias por serviço e por setor; e

IV - as demais, tais como número de empregados próprios e contratados por atividade.

§ 7º A fiscalização da Anatel não diminui e nem exime a responsabilidade da Concessionária quanto à adequação das suas obras e instalações, à correção e legalidade de seus registros contábeis e de suas operações financeiras e comerciais.

§ 8º É dever da Concessionária prestar as informações relevantes no prazo estipulado pela fiscalização da Anatel.

Cláusula 20.2. A Concessionária, por intermédio de representante indicado, poderá acompanhar toda e qualquer atividade da fiscalização da Anatel, não podendo obstar ou impedir a atuação da fiscalização, sob pena de incorrer nas penalidades previstas neste Contrato.

6 – Os poderes do fiscal de telecomunicações

Como visto, a Lei nº 10.871/2004 atribuiu aos fiscais poderes de interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, e de requisitar, quando necessário, o auxílio de força policial federal ou estadual, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções. Além destes, há outros poderes que se reconhecem ao fiscal, que enumeramos a seguir:

- instrução e condução de processos administrativos;

- acesso a instalações;
- acesso a informações;
- aplicação de sanções;
- busca e apreensão.

6.1. Instrução de processos administrativos

O processo administrativo, tenha caráter sancionador ou não, deve ser conduzido por agente público competente para tanto. Nos termos do art. 3º, III, da Lei nº 10.871/2004, compete aos integrantes das carreiras de Regulação e Fiscalização de Serviços Públicos de Telecomunicações e de Suporte à Regulação e Fiscalização de Serviços Públicos de Telecomunicações executar atividades finalísticas inerentes às competências da Anatel. Quando lotados em área de fiscalização, essas atividades incluem não apenas a fiscalização em si, mas a documentação que compõe o respectivo processo administrativo.

Contudo, nos termos do Regimento Interno, art. 208, o fiscal não possui competência para instruir o Processo Administrativo para Apuração de Descumprimento de Obrigações – PADO. Ao fiscal compete a emissão de laudo de vistoria (inciso II) e a lavratura de Auto de Infração (inciso III), porém os atos seguintes devem ser praticados pelos seus superiores hierárquicos.

6.2. Acesso a instalações

A Constituição Federal, em seu art. 5º, estabelece a casa como *asiló inviolável*. Esta é a dicção da norma constitucional:

Constituição Federal

Art. 5º. [...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

Interpretando esse dispositivo, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, ‘embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita’ (Nelson Hungria). Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (invito domino), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do

privilège du préalable, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes." (HC 82.788, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02/06/06)

Portanto, escritórios profissionais têm a mesma proteção jurídica de uma residência particular. Em função dessa interpretação, como regra, tem-se que o acesso não autorizado a instalações somente se pode dar mediante autorização judicial. Assim, consideram-se ilícitas as provas obtidas por meios de invasão a escritórios de empresa, sem prévia autorização judicial, bem como as que impliquem violação de privacidade. Isso não impede, contudo, que a eventual recusa ao acesso de instalações seja punida administrativamente como impedimento à fiscalização.

Além disso, a jurisprudência não menciona hipótese de serviço público delegado. Tendo em vista se cuidar de fiscalização de atividade pública, exemplo de administração de gestão, entendemos que, nesse caso, o acesso poderia ser compulsório, sem a necessidade de prévia autorização judicial e, se necessário, mediante auxílio policial. O próprio contrato de concessão de STFC estabelece que:

Cláusula 16.1. Além das outras obrigações decorrentes deste Contrato e inerentes à prestação do serviço, incumbirá à Concessionária:
VII - submeter-se à fiscalização da Anatel, permitindo o acesso de seus agentes às instalações integrantes do serviço bem como a seus registros contábeis;⁷²

Nesse caso, todavia, há que se observar o princípio da proporcionalidade, de forma que o acesso forçado só se deve dar em último caso, especialmente tendo-se em vista a eventual possibilidade de a fiscalização agir por outras formas menos gravosas.

6.3. Acesso a informações

A fiscalização se dá mormente mediante a coleta de informações, seja diretamente pelos fiscais, seja por meio dos fiscalizados. O acesso a informações relevantes é, portanto, de importância capital para a própria viabilidade do processo de fiscalização.

Por este motivo, ainda que não prevista de forma genérica na LGT ou na Lei nº 10.871/2004, é consequência necessária da atribuição de fiscalização. Isso porque, conforme afirma Carlos Ari Sunfeld:

Ao poder de fiscalizar corresponde a obrigação de o administrado suportar a verificação administrativa e de colaborar com ela. Aliás, suportar a fiscalização é espécie de sujeição administrativa do direito. Opor óbices a ela traduz comportamento ilícito, como tal passível de sanção.⁷³

Assim, a omissão no fornecimento de informações equivale à imposição de óbice à fiscalização, sujeita, assim, a sanção administrativa.

⁷² Retirado do modelo de contrato de concessão para prestação de STFC, modalidade local.

⁷³ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. Cit., p. 76.

Ressalve-se, contudo, que o dever de informar é equivalente ao poder-dever de fiscalizar, e assim somente informações relevantes para a fiscalização deverão ser requeridas. O particular tem direito, inclusive, de saber qual finalidade será conferida às informações, bem como, se julgar necessário, requerer que elas tenham tratamento confidencial.

Se de forma geral o poder de requisição de informações é implícito, no caso de serviços sob regime público ele é explícito. O art. 96 da LGT dispõe que:

Lei Geral de Telecomunicações

Art. 96. A concessionária deverá:

I – prestar informações de natureza técnica, operacional, econômico-financeira e contábil, ou outras pertinentes que a Agência solicitar;

Além disso, também os contratos de concessão prevêem expressamente o dever de fornecer informações à fiscalização:

Cláusula 16.1. Além das outras obrigações decorrentes deste Contrato e inerentes à prestação do serviço, incumbirá à Concessionária:

[...]

XXXVII - fornecer dados, informações, relatórios e registros contábeis quando assim solicitados pelos agentes fiscalizadores, no prazo assinalado, sob pena de incorrer nas sanções previstas neste Contrato;⁷⁴

É importante, contudo, que o fiscal se acautele no que diz respeito à vida privada e à intimidade, bem como a questão do sigilo de dados e comunicações eletrônicas, tratados na aula de Noções de Direito Público.

6.4. Aplicação de sanções

Em muitos entes públicos, os poderes de fiscalizar e reprimir ou sancionar são exercidos conjuntamente pelo mesmo órgão. Em outros casos, distingue-se o *oversight* do *enforcement* em órgãos diferentes.

No caso da Anatel, segundo seu Regimento Interno, art. 208, o fiscal de telecomunicações não possui competência para aplicar sanção nenhuma que não a interrupção cautelar de estações transmissoras. Ainda assim, essa sanção deverá ser ratificada pelo superior hierárquico.

Contudo, na estrutura administrativa da agência, o órgão de fiscalização – a Superintendência de Radiofrequência e Fiscalização – pode aplicar sanções, exceto a de caducidade. Esta competência é compartilhada com outras superintendências e pode ser exercida pelo Superintendente de Radiofrequência e Fiscalização e pelo Gerente-Geral de Fiscalização.

⁷⁴ Retirado do modelo de contrato de concessão para prestação de STFC, modalidade local.

Apesar de não possuir competência para aplicar sanções de forma geral, o fiscal deve atentar para o fato de que sua atuação é fundamental para a validade das sanções a serem aplicadas. É ele quem primeiro tipifica a conduta tida como infratora – isto é, fixa no auto de infração a norma eventualmente violada. A instrução de eventual PADO terá por base essa tipificação. Embora seja lícito, no curso do processo, mudar a tipificação, é necessário que haja nos autos os elementos materiais capazes de comprovar a conduta ilícita. Se o fiscal tipifica mal, pode acabar instruindo incorretamente seu processo de fiscalização e, por conseguinte, viciar eventual PADO subsequente.

6.5. Busca e apreensão

A LGT, em seu art. 19, XV, fixou a competência da Anatel para efetuar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de medida cautelar na ADIN 1668-5, suspendeu a execução e a aplicabilidade desse dispositivo.

Sobre a discussão pertinente, ver as aulas de Direito Penal das Telecomunicações.

7. Interrupção cautelar de estação transmissora

A interrupção cautelar de estação transmissora é medida que encontra abrigo no parágrafo único do art. 175 da LGT, abaixo transcrito:

Lei Geral de Telecomunicações

Art. 175. Nenhuma sanção será aplicada sem a oportunidade de prévia e ampla defesa.

Parágrafo único. Apenas medidas cautelares urgentes poderão ser tomadas antes da defesa.

É medida que pode, portanto, ser executada antes que se estabeleça o contraditório, sem que seja facultada oportunidade **prévia** de defesa. Após, contudo, deve ser facultada ampla possibilidade de defesa. A interrupção cautelar é objeto do Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequência (anexo à Resolução nº 259, de 19 de abril de 2001):

Regulamento de uso de radiofrequência

Art. 63. Compete à Agência a fiscalização do uso de radiofrequências.

§ 1º Quaisquer interferências prejudiciais deverão ser evitadas e, caso venham a existir, deverão ser imediatamente sanadas.

§ 2º A Agência poderá, a qualquer época, determinar a interrupção do funcionamento da estação quando esta estiver causando interferências prejudiciais a outras estações de radiocomunicação regularmente autorizadas, ou for constatada situação que possa causar riscos à vida humana.

[...]

Art. 79. Constatado o uso não autorizado de radiofrequências, a Agência determinará a interrupção cautelar do funcionamento da estação com fundamento no parágrafo único do art. 175 da Lei no 9.472, de 1997.

Há, portanto, três hipóteses alternativas que ensejam a aplicação cautelar da sanção de interrupção:

- i. interferência prejudicial;
- ii. risco à vida humana;
- iii. uso não autorizado do espectro.

A interferência prejudicial, nos termos do Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequência, *é qualquer emissão, radiação ou indução que obstrua, degrade, interrompa repetidamente, ou possa vir a comprometer a qualidade da comunicação* (art. 4º, XXV).

Qualquer das alternativas, isolada ou conjuntamente, autoriza a interrupção cautelar. Além disso, o infrator responde também penalmente, situação que será tratada nas aulas de Direito Penal das Telecomunicações.

DIREITO PENAL DAS TELECOMUNICAÇÕES

Gierck Guimarães Medeiros

Advogado

Especialista em Regulação de Telecomunicações (UnB)

Membro do Grupo de Direito Setorial da Faculdade de Direito da UnB

Membro do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB

1 - Normas penais especiais sobre telecomunicações

SANÇÃO seria toda e qualquer medida que visa à garantia daquilo que se determina em uma regra. No que respeita às normas que não sejam classificadas como jurídicas, ex. uma norma de ordem moral ou religiosa, a partir de sua inobservância, podem surgir sanções de ordem INDIVIDUAL – ex. remorso, arrependimento, exame de consciência etc – e sanções de ordem SOCIAL – ex. demérito social. Assim, o desatendimento a uma norma Moral pode vir a ensejar a aplicação de sanções no plano da consciência individual e da consciência coletiva⁷⁵.

Já as normas jurídicas teriam o condão de, em caso de descumprimento, dar azo à aplicação de sanção jurídica. Esta tem por diferencial o fato de ser predeterminada e organizada (significa dizer, há a previsão de sanção antes mesmo do cometimento do ‘ilícito’, além de sua aplicação se dar por meio do aparelhamento policial e do Poder Judiciário).

Dentro desta específica categoria denominada “norma jurídica”, encontra-se uma outra denominada “norma jurídica penal” - ou apenas “norma penal” -, afeita, como se pode depreender ao próprio Direito Penal. Em verdade, a doutrina mais atual aponta para a seguinte classificação das normas penais: i) normas penais INCRIMINADORAS; ii) normas penais NÃO-INCRIMINADORAS.

A primeira (INCRIMINADORA) seria a norma penal por excelência, definindo as infrações penais, proibindo ou impondo condutas, sob ameaça de sanção. Tem natureza proibitiva ou mandamental. Poder-se-ia defini-la como aquela por meio da qual o legislador descreve condutas criminosas (socialmente indesejáveis) em abstrato e estatuem proibições de condutas na vida em sociedade, estabelecendo penas (sanções) àqueles que venham a desrespeitá-las.

A norma penal incriminadora é composta por dois preceitos: i) preceito primário: descreve a conduta que se deseja impor ou proibir; ii) preceito secundário: descreve a pena na hipótese de desatendimento ao preceito primário – é a cominação da pena em abstrato⁷⁶⁻⁷⁷.

⁷⁵ REALE, Migue. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. pp. 74-75.

⁷⁶ Inicialmente, o preceito secundário da norma penal prescrevia cominação de penalidades. Atualmente, verifica-se a existência de sanções PREMIAIS (que influenciam o indivíduo a adesão

Ex: Código Penal, Art. 121 (*caput*).

“Matar alguém:” [preceito primário proibitivo]

“Pena – reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos” [preceito secundário].

A norma penal NÃO-INCRIMINADORA, por seu turno, possui a finalidade de: i) tornar lícita uma conduta que seria inicialmente ilícita, não fosse a existência de ressalvas previstas na própria lei penal⁷⁸; ii) afastar a culpabilidade⁷⁹ do agente; iii) esclarecer conceitos e; iv) fornecer princípios gerais para a aplicação da lei penal. Os itens ‘i’ e ‘ii’ são normas permissivas. O item ‘iii’ refere-se às normas explicativas. E o item ‘iv’ concerne às normas complementares.

No presente estudo focar-se-á apenas a norma penal incriminadora, por estar ela mais próxima do cotidiano daquele que exerce a função de fiscalização no setor das telecomunicações.

Feita esta breve análise, convém partir para parcela do Direito Penal que se relaciona ao Direito das Telecomunicações. A esse respeito há que se ter em vista, principalmente, os seguintes dispositivos legais:

1. art. 215, I, e art. 183, ambos da LGT;
2. art. 70 do CBT (com redação dada pelo DL n° 236/67).

Prefacialmente, cumpre informar que o art. 215, I, da Lei Geral das Telecomunicações (Lei n° 9.782/97), estatui o seguinte:

Art. 215. Ficam revogados:

I - a Lei n° 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão (grifo nosso)

Da leitura do dispositivo supra, conclui-se que o CBT (Lei n° 4.117/62), ainda encontra-se em vigor no que se refere à matéria penal NÃO

espontânea da norma, mediante o oferecimento de um benefício, uma vantagem). Contudo, no presente estudo, nos ateremos apenas às normas penais incriminadoras.

⁷⁷ Questão interessante no setor de telecomunicações diz respeito ao furto de sinal de TV a Cabo (art. 35 da Lei do Cabo), onde não há o preceito secundário (fixação da pena), fato este que tornaria em tese o fato atípico. Todavia, os tribunais vêm tentando contornar a situação, aplicando o art. 155, §3º do CP (furto de energia) ou o art. 171 do CP (estelionato) em tais hipóteses.

⁷⁸ Excludentes de ilicitude, ou seja, não há crime (CP art. 23) nos casos de : i) estado de necessidade; ii) legítima defesa e; estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito.

⁷⁹ Para a escola finalista (adotada pelo Código Penal), a culpabilidade seria pressuposto de aplicação da pena (e não para o cometimento do ilícito). Assim, o fato seria ilícito, mas não seria culpável (isento de pena). É composta (a culpabilidade) pelos seguintes elementos: a) CP art.26: **IMPUTABILIDADE** [capacidade para ser juridicamente imputada a prática de uma infração penal]; b) CP art. 21 *in fine*: **POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE** [inexistente esta quando o agente erra quanto ao próprio fato - **erro de tipo** – ex: imaginar que o carro que se retirou do estacionamento é próprio, quando, na realidade, pertence a outro; ou quando o agente tem perfeita compreensão do fato, mas acredita erroneamente que ele é lícito – **erro de proibição**]; c) CP art.22: **EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA** [não ocorrerá esta nos casos de coação moral irresistível; e a obediência hierárquica].

TRATADA PELA LGT, bem como ao que se refere AOS PRECEITOS RELATIVOS À RADIODIFUSÃO.

O art. 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) dispõe, *verbis*:

Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos.

Parágrafo único. Precedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal.⁸⁰

Por sua vez, o art. 183 da LGT assevera:

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:
Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo Único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

Com relação ao cotejo desses dois últimos dispositivos legais colacionados (art. 70 do CBT e art. 183 da LGT), verifica-se a existência de antinomia - ou melhor, conflito aparente de normas -, na medida em que ambos os textos legais tratam da mesma matéria. Seria o caso, portanto, de verificar-se qual dos dois dispositivos haverá de prevalecer como válido no ordenamento jurídico pátrio.

A esse respeito a jurisprudência tem se controvertido, apresentando dois posicionamentos distintos e opostos entre si⁸¹.

A primeira corrente entende que o art. 215, I, da LGT ao excetuar a radiodifusão do âmbito de incidência da LGT⁸², no que respeita à radiodifusão clandestina (ex: rádio pirata), entende como ainda vigente o art. 70 do CBT (“Art. 215 [...] I – [...], salvo [...] quanto aos preceitos relativos à radiodifusão”). Às demais atividades clandestinas de telecomunicação, aplicar-se-ia o art. 183 da LGT. A propósito, tem sido esta a orientação do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁸³.

⁸⁰ O teor desse dispositivo legal constava originalmente no art. 78 do CBT.

⁸¹ Sobre tal divergência no âmbito do TRF-1ª, vide o Voto-Vista do Des. Fed. Olindo Menezes, na oportunidade do julgamento da ACr nº 2002.38.00.021439-4/MG.

⁸² Vale lembrar que a fiscalização e a gestão do uso do espectro constituem exceções a essa regra, uma vez que estas competem à Anatel, por força da própria LGT.

⁸³ **Vide a ementa do REsp nº 756.787/PI, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, unanimidade, DJ de 01/02/2006: “CRIMINAL. RESP. RÁDIO COMUNITÁRIA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. LEI 4.117/62. REVOGAÇÃO PARCIAL PELA LEI 9.472/97. RADIODIFUSÃO E MATÉRIA PENAL. INALTERABILIDADE. RECURSO PROVIDO.**

I - A Lei 9.472/97 não teve efeito ab-rogatório sobre a Lei 4.117/62, mas apenas de revogação parcial, de modo que permanecem inalteráveis os preceitos relativos aos delitos de radiodifusão, de acordo com o constante no art. 215, I, da Lei 9.472/97. II – Vigente o disposto no art. 70 da Lei 4.117/62, cuja pena máxima prevista no tipo não ultrapassa o limite do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01, firma-se a competência do Juizado Especial Federal para o julgamento do feito. III - Recurso provido, nos termos do voto do Relator.”

A segunda corrente entende que o mesmo art. 215 da LGT revoga o art. 70 do CBT, vez que aplicável a ressalva constante no dispositivo em questão (Art. 125 [...] I – [...], salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei).⁸⁴

Esposando uma terceira corrente, segue a doutrina de Gleibe Terra⁸⁵, entendendo que o serviço de rádio comunitária, por ser tratar de uso de radiofrequência por meio de equipamento de radiação restrita, independeria de autorização de uso de radiofrequência, consoante o disposto no art. 163, § 2º, I, da LGT. Traz, ainda, em defesa da tese ora sustentada, julgados do TRF-1ª da década de 90 do século já ido⁸⁶.

No tocante ao específico ponto acerca da aplicação do art. 70 do CBT ou do art. 183 da LGT, a discussão repercute na esfera processual penal, na medida em que, a depender da norma a ser aplicada, tem-se a competência da Vara Federal (art. 183 da LGT) ou do Juizado Especial Federal (art. 70 do CBT), oportunidade na qual a possibilidade de condenação propriamente dita é menor – considerando a possibilidade de transação penal -, bem como o rito do Juizado Especial Federal⁸⁷ (rito sumaríssimo) afigura-se mais célere que o rito ordinário das Varas Federais. Desnecessário, também, elucidar que o próprio aumento da pena em abstrato quando da incidência do art. 183 da LGT (detenção de 2 a 4 anos) faz com que o Réu prefira a aplicação do art. 70 do CBT (detenção de 1 a 2 anos). Acerca da competência do Juizado Especial Federal para o julgamento de crimes desta espécie, o STJ já se manifestou na oportunidade do julgamento do REsp nº 756.787 (ementa constante no item 11 da nota de rodapé).

Com relação à possibilidade de requisição de força policial pelo fiscal da Anatel no exercício do Poder de Polícia Administrativa (ou Função Ordenadora), o legislador ordinário resolveu converter a MP nº 155/04 em lei (Lei nº 10.871/04). Dispõe a referida lei em seu art. 3º, inciso I e parágrafo único:

Art. 3º São atribuições comuns dos cargos referidos nos incisos I a XVI, XIX e XX do art. 1º desta Lei:

I - fiscalização do cumprimento das regras pelos agentes do mercado regulado;
Parágrafo único. No exercício das atribuições de natureza fiscal ou decorrentes do poder de polícia, são asseguradas aos ocupantes dos cargos referidos nos incisos I a XVI, XIX e XX do art. 1º desta Lei as prerrogativas de promover a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou

⁸⁴ radiocomunidade Em sede doutrinária, de mo

⁸⁵ TERRA, Gleibe. *Radiocomunidade: democratização da comunicação social*. Uberaba: Plubi, 2001. pp. 47-57.

⁸⁶ APn nº 94.01.06054-1/TO, Rel. Des. Fed. Osmar Tognolo, Boletim de Justiça nº 109 TRF/1ª Região; Acr nº 91.01.04850-3/MT, Rel. Des. Fed. Eustáquio Silveira, DJ de 24/03/94; APn nº 93.01.02107-2/TO, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, DJ de 09/12/96; Inq nº 95.01.36783-5/BA, Rel. Des. Fed. Carlos Fernando Mathias, Plenário, DJ de 06/06/97).

⁸⁷ Cumpre informar que o instituto do Juizado Especial prevê na lei que o institui (no caso, a Lei nº 10259/01) a possibilidade de o Ministério Público transacionar com o Réu, que no mais das vezes, importam obrigações de dar (cestas básicas ou pagamento de multas, por exemplo) ou de fazer (ex. prestar serviços comunitários), que, no mais das vezes, são irrisórios. Neste específico ponto, a Anatel nada pode fazer, posto que o MP é o titular da Ação Penal Pública. Contudo, considerando a independência das instâncias administrativa e penal, pode a Agência aplicar sanções de cunho administrativo, que não estão equiparados ao estipulado pelo MP, quando da transação penal e a conseqüente suspensão condicional do processo (judicial).

produtos, e de requisitar, quando necessário, o **auxílio de força policial federal ou estadual, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções.**
(grifo nosso)

Diante da norma acima transcrita, pergunta-se:

De que forma deveria agir o fiscal da Anatel em caso de recusa de auxílio policial pela autoridade competente? A esse respeito há que se considerar as inúmeras situações possíveis.

A primeira delas seria quando do deferimento da busca e apreensão pelo juiz federal⁸⁸ em sede de ação cautelar. De posse do mandado de busca e apreensão expedido pelo juiz federal competente, dirigir-se-á o fiscal à autoridade policial federal (delegado da PF)⁸⁹ e requisitará o auxílio da força policial, sob pena de descumprimento, por parte do delegado, da já mencionada ordem judicial (crime de desobediência, art. 330 do Código Penal [CP]). Caso a autoridade policial, persista na negativa de prestação de auxílio, deverá o fiscal requerer a lavratura de boletim de ocorrência, para que a inação estatal (prevaricação) no que respeita à fiscalização não lhe seja imputada – que, no caso, agiu diligentemente. A recusa da lavratura do boletim de ocorrência pelo policial configuraria o crime de prevaricação.

Sendo lavrado o boletim de ocorrência, o fiscal o juntará aos autos do processo administrativo e/ou oficiará seu superior hierárquico sobre o ocorrido, para que este, direta ou indiretamente, adote as providências cabíveis. Em caso de negativa de lavratura de boletim de ocorrência, incorrerá a autoridade policial no crime de prevaricação (art. 319 do CP), fato este que deverá ser certificado nos autos do processo administrativo, bem como oficiado ao superior hierárquico para que, assim entendendo, diligencie no sentido de que sejam tomadas as devidas providências (dentre elas, a expedição de ofício ao Ministério Público Federal, para eventual oferecimento de denúncia).

A segunda hipótese refere-se aos casos de flagrante. Contudo, há que se fazer breve análise acerca do instituto jurídico “prisão em flagrante”. A prisão em flagrante está prevista no art. 301 e ss. do Código de Processo Penal (CPP). Esta espécie de prisão provisória ou cautelar se subdivide em três outras subespécies (art. 302 do CPP), a saber : I) quem está cometendo a infração penal [flagrante próprio ou perfeito]; II – quem acaba de cometê-la [flagrante próprio ou perfeito]; III) quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa em situação que faça presumir ser autor da infração [flagrante impróprio ou imperfeito]; IV) é encontrado logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração [flagrante ficto ou presumido].

Ainda sobre o instituto em comento, vale trazer à colação o magistério de Guilherme de Souza Nucci, *verbis*:

⁸⁸ Não se poderia conceber o deferimento de provimento cautelar exarado por juiz integrante da Justiça Estadual, sob pena de violação ao art. 109, I, da Constituição Federal (CF).

⁸⁹ Não seria possível admitir que a autoridade policial estadual (delegado da Polícia Civil do Estado) pudesse proceder à busca e apreensão ordenada por juiz federal, justamente por não se afigurar como competente a dita autoridade policial na presente hipótese.

(...) prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar [ou seja, ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória com o fito de acautelar a prova da materialidade do fato e de sua autoria] , de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal). Autoriza-se essa modalidade de prisão, inclusive na Constituição Federal (art. 5º, LXI), **sem expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária, daí porque o seu caráter administrativo, já que seria incompreensível e ilógico que qualquer pessoa - autoridade policial ou não - visse um crime desenvolvendo-se à sua frente e não pudesse deter o autor de imediato.** O fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão a análise de um juiz de direito. Por outro lado, assegura-se, prontamente, a colheita de provas de materialidade e da autoria, o que também é salutar para a verdade real, almejada pelo processo penal. Certamente, o realizador da prisão fica por ela responsável, podendo responder pelo abuso em que houver incidido. De outra parte, essa prisão, realizada sem mandado, está sujeita à avaliação imediata do magistrado, que poderá relaxá-la, quando vislumbrar ilegalidade (art. 5º, LXV, CF). (...) Tem inicialmente caráter administrativo, pois o auto de prisão em flagrante, formalizador da detenção, é realizado pela Polícia Judiciária, mas torna-se jurisdicional, quando o juiz, tomando conhecimento dela, ao invés de relaxá-la, prefere mantê-la.⁹⁰

A depender da situação *in concreto*, o infrator é levado à autoridade policial competente (delegado), que lavrará o AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE (e, via de regra, permanecerá preso. Todavia isto não necessariamente pode vir a acontecer! Exemplo disso são as hipóteses em que o indiciado se livra solto – art. 309 do CPP), ou o TERMO CIRCUNSTANCIADO – manejado nos casos de cometimento de infrações de menor potencial ofensivo), situação nas quais o infrator não permanece preso sob a condição de apresentar-se ao Juiz do Juizado Especial na data e na hora designada.

Em verificando a ocorrência do flagrante, no que se refere à prática do ilícito disposto no art. 70 do CBT, poderá o fiscal requisitar auxílio de força policial (seja polícia ostensiva ou polícia judiciária⁹¹) para a efetuação da imediata autuação (pelo fiscal) e prisão (pelos policiais⁹²), bem como da apreensão do equipamento utilizado, que servirá como meio de prova do cometimento do ilícito ou como bens sujeitos a futuro confisco. Em caso de recusa por qualquer destas autoridades policiais, configurado estará o cometimento do crime de prevaricação (art. 319 do CP), vez que estas têm o dever legal de prestar auxílio ao fiscal da Anatel, conforme o disposto na Lei nº 10.871/04 (art. 3º, I e par. único), ainda mais nos casos de flagrante delito (art. 301 do CPP).

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 560)

⁹¹ A polícia pode ser classificada em ostensiva/preventiva (Polícia Militar) ou investigativa/judiciária. Esta última categoria pode ser subdividida em polícia judiciária federal (Polícia Federal) e polícia judiciária estadual (Polícia Civil).

⁹² Apesar da recomendação de a prisão em flagrante ser executada por policiais – que tem o dever de fazê-lo -, pode o fiscal, bem como qualquer outro cidadão efetuar a prisão, consoante o disposto no art. 301 do CPP – sendo que estes tem a FACULDADE de dar voz de prisão em tais casos. Contudo, a afigura-se de bom tom a atuação cautelosa do fiscal no sentido de solicitar o apoio policial em tais situações.

Especificamente no que respeita à busca e apreensão de equipamentos de telecomunicações por servidores da Anatel no exercício do Poder de Polícia Administrativa, o Supremo Tribunal Federal (STF) já havia se manifestado pela sua inconstitucionalidade (art. 19, XV, da LGT), na oportunidade do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 1.668/DF⁹³.

Pela leitura dos votos dos Exmos. Srs. Ministros do STF quando do julgamento da referida ADI, verifica-se “o zelo” em se atribuir “tamanho poder” ao fiscal da Agência (ou seja, a privação dos bens do Administrado sem o devido processo legal – art. 5º, LIV, da Constituição Federal [CF]). Bem ilustra tal assertiva o trecho do voto do Relator Min. Marco Aurélio:

“(…) Se de um lado à Agência cabe a fiscalização da prestação dos serviços, de outro não se pode compreender, nela, a realização de busca e apreensão de bens de terceiros. A legitimidade diz respeito à provocação mediante o processo próprio, buscando-se alcançar, no âmbito do Judiciário, a ordem para que ocorra o ato de constrição, que é o de apreensão de bens. O dispositivo acaba por criar, no campo da administração, figura que, em face das repercussões pertinentes, há de ser sopesada por órgão independente e, portanto, pelo Estado-juiz. Diante de tais premissas, defiro parcialmente a liminar para suspender, no art. 19 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a eficácia do inciso XV, no que atribuída à ANATEL, isto é, à Agência Nacional de Telecomunicações, a possibilidade de empreender busca e apreensão de bens. Entendo que a norma contraria o inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, que encerra a garantia de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.⁹⁴

Em sentido contrário, pela constitucionalidade da busca e apreensão prevista no art. 19, XV, da LGT, segue o Voto do Min. Nelson Jobim, *litteris*:

(…) sustento que a ordem natural das coisas, nesta hipótese, caracteriza-se exatamente por uma atividade imediata do Poder Público na preservação dos interesses públicos.

⁹³ Tal decisão da Suprema Corte não considerou característica intrínseca ao ato administrativo, qual seja, a auto-executoriedade, significando esta, justamente, a possibilidade de o Poder Público agir na esfera administrativa *ex ponte propria* sem que seja necessário provocar o Poder Judiciário para tanto. É corolário do princípio da Separação de Poderes. É fundamental ao exercício do Poder de Polícia, mormente nas hipóteses em que se busque salvaguardar o Interesse Público (supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado). Tanto é assim, que a Receita Federal (cf. Lei nº 9.279/96 e Dec. Nº4.543/02) e a Vigilância Sanitária (cf. Lei nº6437/77) no exercício de suas funções podem apreender de ofício mercadorias irregulares, sem que seja instado para tanto o Poder Judiciário. Nesse sentido, parece acertada a corrente vencida no julgamento da ADI 1668.

⁹⁴ **Na esteira do raciocínio supra, segue o voto do Min. Sepúlveda Pertence:** “A mim me parece que, com essa amplitude – eu diria quase ilimitada, dada a extensão do mundo das telecomunicações em que vivemos -, o dispositivo efetivamente traz, pelo menos, riscos seriíssimos de violação ao princípio do devido processo legal. Claro que não desconheço nem quero revogar o poder de polícia administrativa da Agência criada, mas ele há de ser regulado em termos específicos, sem os riscos que essa norma absolutamente genérica pode acarretar”. **Veja-se também trecho do voto do Min. Néri da Silveira:** “Feita a ‘busca e apreensão’, a matéria pode ser submetida ao controle judicial, mas penso que a ordem das coisas aponta, em tal hipótese, que se requisite a autorização judicial. Em razão disso, a forma ampla desse dispositivo viabiliza qualquer tipo de ‘busca e apreensão’, desde que a matéria se ponha dentro da competência dessa agência, criada na lei era em exame”. **Acompanhou, também, o voto do Relator o Min. Carlos Velloso.**

Esta ação estará, evidentemente, sujeita à análise do Poder Judiciário através das medidas judiciais competentes, no que caracteriza tipicamente o exercício do poder de polícia, restrito ao seu mister, ou seja, aquele que tiver exercido ilegalmente a sua atividade terá os bens apreendidos. A discussão, depois, da ilegalidade ou não desse ato será no Poder Judiciário. Pedindo vênias ao Sr. Relator, divirjo nesse ponto e nego a liminar⁹⁵

Não obstante a dita declaração de inconstitucionalidade (ainda que em sede liminar), o legislador ordinário entendeu por bem dispor sobre a matéria em questão quando da edição da já mencionada Lei nº 10.871/04 (art. 3º, I e par. único – conforme transcrição supra).

Diante de tal cenário, exsurgiria dúvida acerca da possibilidade de o legislador ordinário reproduzir, em novo texto normativo, dispositivo já declarado inconstitucional em sede de controle abstrato pelo STF. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência dominantes, invocando o princípio da Separação dos Poderes, entende ser possível tal manobra. Contudo, em nome do mesmo princípio, nada impediria que viesse o STF novamente a declarar a inconstitucionalidade do novel dispositivo legal⁹⁶.

Pelo que se tem notícia, o STF ainda não se manifestou pela inconstitucionalidade do art. 3º, I e par. único da Lei nº 10.871/04, o que conduz à conclusão de que se trata de norma válida e aplicável. Todavia, a questão ainda enseja grande polêmica em sede doutrinária e jurisprudencial. Ademais é de se verificar que o dito dispositivo legal está ligado ao art. 13 do mesmo diploma, de tal forma que apenas o fiscal da Anatel investido no cargo mediante concurso público terá os poderes de busca e apreensão de equipamentos⁹⁷.

A despeito da previsão legal autorizadora da busca e apreensão de bens pelo fiscal da Anatel (cf. o já citado art. 3º, par. único, da Lei nº 10.871/04), e em decorrência da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato na ADI-MC nº 1.668/DF, tem a Agência acionado previamente o Judiciário (mediante ações cautelares cíveis ou criminais) com vistas à obtenção de mandado judicial para a realização de busca e apreensão de equipamentos utilizados nas rádios clandestinas. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já pacificou seu entendimento, no sentido de afigurar-se como legitimada a Agência nas ações cautelares cíveis ou criminais com tal escopo⁹⁸.

⁹⁵ Perfilhando o entendimento contrário, externado no voto do Min. Nelson Jobim, os Ministros Moreira Alves, Sidney Sanches e Ilmar Galvão.

⁹⁶ Fato semelhante ocorreu no julgamento da ADI nº 2.797, que declarou inconstitucional a redação dada pela Lei nº 10.628/02 ao art. 84 do Código de Processo Penal (CPP). Este último dispunha sobre a extensão da prerrogativa de foro concedida aos agentes políticos após o fim do mandato eletivo. Note-se que o STF já havia sumulado a questão (Súmula nº 451 do STF, que não admitia a extensão da prerrogativa para além do mandato) quando da edição da referida lei alteradora do art. 84 do CPP. Em nome do princípio da Separação dos Poderes o Plenário do STF decidiu pela inconstitucionalidade da já mencionada lei.

⁹⁷ Vide Parecer nº 91-2004/PGF/PFE-EPBM/Anatel, de 2/2/2004.

⁹⁸ Vide a ementa do REsp nº 635.884/CE, Rel. Min^a Denise Arruda, 1ª Turma, unânime, DJ de 24/04/2006: “*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AGÊNCIA REGULADORA (ANATEL). AÇÃO CAUTELAR. BUSCA E APREENSÃO DE BENS EQUIPAMENTOS DE ESTAÇÃO DE RÁDIO CLANDESTINA. LEGITIMIDADE E NECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PROVIMENTO.*”

Observe-se que protagonizará (exercerá papel central) a ação de busca e apreensão, via de regra, a Polícia Judiciária Federal (PF), vez que a execução da medida judicial de busca e apreensão (originário de ação cautelar cível ou criminal) é feita, ordinariamente, pelo oficial de justiça – que também detém a prerrogativa de eventualmente solicitar auxílio de força policial. Contudo, em situações de perigo tais como a objeto da presente análise, mostra-se salutar a execução do mandado judicial pela própria polícia⁹⁹.

Desta feita, apenas em situações excepcionais (quais sejam: casos de flagrante delito sem a requisição de auxílio policial), poderia o fiscal da Anatel executar *exponete propria* a busca e apreensão dos equipamentos utilizados para a prática do crime previsto no art. 70 do CBT, invocando, para tanto, o disposto no já referido art. 3º, par. único, da Lei nº 10.871/04.

Em suma, pretende-se definir os papéis exercidos pelo fiscal e pela polícia. Ao primeiro cuida a fiscalização do setor, adotando, quando necessário, medidas administrativas de natureza investigativa e punitiva (autuação e elaboração de relatório técnico ao MiniCom para eventual instauração de processo administrativo¹⁰⁰). Por seu turno, à polícia cabe a investigação e a repressão da prática de conduta tida por criminosa (afetas ao Direito Penal – art. 70 do CBT, no caso).

Desta feita, a apreensão caberia, ordinariamente, à autoridade policial competente, por força do art. 245, § 6º, do CPP¹⁰¹, a guarda do bem apreendido. Apenas nos casos em que a busca e apreensão se der em caso de flagrante delito (situação em que se prescinde do correspondente mandado judicial), sem a requisição de auxílio da força policial, é que terá lugar sua execução (busca e apreensão) pelo fiscal da Anatel. Contudo, conforme o dispositivo legal supra, a guarda do bem apreendido continua nestes casos sob a responsabilidade da Polícia Federal¹⁰².

1. A questão controvertida consiste em saber se a ANATEL tem legitimidade ativa e interesse processual para propor ação cautelar de busca e apreensão de equipamentos de estação de rádio clandestina, que opera de forma irregular.

2. 'O disposto no artigo 19, inciso XV, da Lei 9.472/97 que concedia à ANATEL a competência para, administrativamente, proceder à apreensão de aparelhos radiotransmissores em funcionamento ilegal foi suspenso pelo STF na ADin 1668-5, necessitando a agência, para imediata cessação de funcionamento, recorrer ao Judiciário' (REsp 643.357/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 29.11.2004).

3. 'Seja pela via cível, seja pela via penal, pode a ANATEL acautelar-se, com o pedido de imediata apreensão de aparelhos clandestinamente instalados, sem que possa fazê-lo de moto próprio' (REsp 626.774/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 13.9.2004).

4. Recurso especial provido".

⁹⁹ É este o ensinamento de NUCCI, Guilherme de Souza. *Ob. Cit.* p. 498.

¹⁰⁰ Conforme recente decisão do Conselho Diretor da Anatel.

¹⁰¹ "Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

(...)

§ 6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes". Vide também a lição de NUCCI, Guilherme de Souza. *Ob. Cit.* p. 501.

¹⁰² Ao fiscal apenas incumbe o depósito do material no local designado pela Agência ou nas dependências da DPF. Vale frisar que não fica o fiscal responsável pelo bem após a efetuação do depósito. Também não pode ser considerado depositário fiel (instituto próprio do processo civil),

Tal construção teórica tem o condão de conferir alguma sistematicidade à atuação do fiscal no exercício do Poder de Polícia Administrativa. Contudo, em análise perfunctória, não parece que a busca, a apreensão e o depósito realizados diversamente da forma acima exposta pela autoridade policial possa macular o correspondente Processo Administrativo instaurado pelo MiniCom (no tocante aos processos administrativos relativos à radiodifusão). Em verdade, nada impediria interpretação da Lei nº 10.871/04 no sentido de que a busca e apreensão sejam efetuadas pelo fiscal da Anatel, com o mero auxílio da força policial, cabendo àquele, por conseguinte, o depósito e à Agência a guarda do bem apreendido.¹⁰³

Quanto à diferença entre os conceitos de busca, apreensão e lacração, há que se ter em vista alguns traços diferenciadores. A busca constitui momento que precede cronologicamente a apreensão. Impossível pensar de outra forma. A apreensão, por sua vez, constitui uma conseqüência da busca, quando esta tenha resultado positivo¹⁰⁴. Por fim, a lacração, constitui ato do fiscal o exercício do Poder de Polícia Administrativa, que interdita o estabelecimento e impede o acesso, assim como a sua utilização para fins ilícitos, em nome do interesse público.

A apreensão e a lacração¹⁰⁵⁻¹⁰⁶ constituem medidas que, teoricamente, mitigariam o uso da propriedade constitucionalmente garantido. Contudo o

enquanto os equipamentos estiverem sob sua guarda. Isto porque, seria absurdo imaginar a prisão civil de um servidor público no exercício de atividade administrativa (a penalidade não pode ser de natureza cível, mas, sim, de natureza administrativa). No caso de perdimento dos bens sem que tenha incorrido em culpa, não será ele responsável pela reparação dos danos. Caso, mediante apuração em processo administrativo disciplinar, verifique-se a existência de culpa, o fiscal estará sujeito a uma sanção administrativa, e não à prisão civil. Nada obsta, contudo que aquele que sofreu o prejuízo decorrente da perda do equipamento acione judicialmente a Anatel (responsabilidade objetiva, realizando-se o eventual ressarcimento mediante a expedição de precatórios), assim como acionar conjuntamente a Anatel e o fiscal (neste caso deverá o autor comprovar em juízo a culpa do agente público, mas poderá em caso de condenação executar o próprio agente, com o fito de escapar do ressarcimento mediante expedição de precatórios).

¹⁰³ Com o fito de melhor instruir o relatório técnico a ser encaminhado ao MiniCom, seria de bom alvitre o fiscal requerer à autoridade policial cópia do auto de infração ou do termo circunstanciado, que conterà a qualificação do infrator, bem como os bens apreendidos. Tal diligência tem o propósito de imprimir celeridade à instrução e julgamento do processo administrativo punitivo junto ao MiniCom (no caso de rádio clandestina).

¹⁰⁴ Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Ssraiva, 2001. p. 253.

¹⁰⁵ A lacração em si não constitui sanção administrativa, conforme já se disse reveste-se de medida assecuratória do interesse público no exercício do Poder de Polícia. Da mesma forma a apreensão, que após o trânsito em julgado da ação penal condenatória pode ensejar o perdimento dos bens para a União. De toda sorte, não se pode negar que, mesmo não configurando sanção, tais medidas acarretam prejuízo ao atuado.

¹⁰⁶ Lacração e apreensão são conceitos distintos, conforme se pôde observar. A lacração se refere ao estabelecimento, enquanto a apreensão se refere aos equipamentos utilizados no cometimento do ilícito. Assim, a lacração se afigura necessária sempre que se mostre imperativa a preservação do local por motivos de investigação em âmbito administrativo ou penal, bem como nas hipóteses em que não se afigure absurda (ex. lacrar uma residência que também era utilizada para a transmissão irregular de radiodifusão; ou lacrar um quarto de hotel utilizado para os fins ilícitos já mencionados). No que concerne à eficiência da lacração, esta será verificada no caso concreto. A recomendação é de que toda atuação de fiscalização em caso de cometimento de ilícito seja amparada pelo auxílio policial. Já a apreensão, via de regra, deve ocorrer, como forma de inviabilizar a continuidade delitiva. Deve-se, contudo, notar que tais medidas devem sempre estar pautada no princípio da razoabilidade.

ordenamento jurídico admite tal mitigação do interesse privado, com vistas a salvaguarda do interesse público.

Desta feita, somente nas hipóteses previstas em lei, o fiscal da Anatel estará autorizado a lacrar estabelecimentos e, eventualmente, apreender bens utilizados na prática do ilícito administrativo e penal, em atenção ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado ¹⁰⁷, sob pena da prática do crime de abuso de autoridade ¹⁰⁸.

Importante salientar, também, que o fiscal da Anatel tem por atribuição precípua a fiscalização do setor de telecomunicações. Razoável, portanto, supor que detém ele competência para tal, sem que se faça necessária qualquer comunicação ao seu chefe imediato. Tratar-se-ia, no máximo, de norma de prudência, que em nada interfere na autoridade que lhe foi conferida.

Contudo, havendo a comunicação, estará sujeito à observância de ordem contrária de seu superior (desde que não seja manifestamente ilegal), sob pena de lhe ser imputada sanção disciplinar por insubordinação hierárquica. Também deve o fiscal após a apreensão e lacração comunicar o Ministério das Comunicações por força do art. 16, XIV, do Dec. N° 2.338/97 (Regulamento da Anatel), comunicação esta decorrente do vínculo (não há que se falar em subordinação hierárquica em tais hipóteses) entre a Anatel e o MiniCom. Por conseqüente lógico da relação de vinculação entre a Agência e o Ministério, não há que se cogitar de prévia/posterior aprovação pelo MiniCom do ato realizado pelo fiscal da Anatel no exercício de suas atribuições legais.

Acerca do tema, convém lembrar que o Conselho Diretor da Anatel, conforme noticiado na mídia especializada, recentemente entendeu competir ao MiniCom processar e julgar as infrações relativas à radiodifusão clandestina. Restaria à Anatel a simples tarefa de elaborar e encaminhar ao Ministério um relatório técnico.

Retornando à questão da lacração, há que se vislumbrar a hipótese de vir a ser indevidamente reaberto o estabelecimento antes lacrado pelo fiscal. Em tais situações, incorrerá o agente no crime de desobediência (art. 330 do CP), cuja pena *in abstracto* é de 15 dias a 6 meses, e multa.

Na autuação do estabelecimento, a recusa do administrado em se identificar ao fiscal da Anatel ou ao policial que lhe presta auxílio configura infração

¹⁰⁷ Nesse sentido, veja-se a Lei n° 10.871/04 e a LGT, bem como do art. 16, XIV, do Decreto n° 2.338/97 (regulamenta a LGT) que assim dispõe: “Art.16. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, e especialmente:

(...)

XIV - comunicar ao Ministério das Comunicações as infrações constatadas na fiscalização das estações de radiodifusão sonora e de sons e imagens ou em serviços ancilares e correlatos, encaminhando-lhe cópia dos autos de constatação, notificação, infração, lacração e apreensão”.

¹⁰⁸ Cf. Lei n° 4.898/65, verbis: “Art. 4°. Constitui também abuso de autoridade:

(...)

h) o ato lesivo da honra, ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal”.

prevista no art. 68 da Lei de Contravenções Penais ¹⁰⁹. Pode, também, configurar crime de desobediência (art. 330 do CP) ¹¹⁰.

Caso a recusa se revista de atos de violência ou ameaça por parte do autuado, configurado estará o crime de resistência (art. 329 do CP: Pena de detenção de 2 meses a 2 anos; ou art. 329, par. único, do CP: Pena de reclusão de 1 a 3 anos se o ato de busca e apreensão não se executa em razão da resistência). Também, importante registrar que há corrente doutrinária e jurisprudencial a admitir que as penas previstas para a resistência podem vir a ser cumuladas com aquelas correspondentes à violência (ex. desacato) ¹¹¹.

Em caso de prisão flagrante, a resistência somente se aplica aos casos em que esta é efetuada pela autoridade competente. Do contrário não há que se falar em crime de resistência. Ou seja, o preso em flagrante que resistiu à prisão efetuada por particular, não será denunciado pelo crime de resistência, salvo se o particular agiu em auxílio da autoridade competente ¹¹².

Caso o fiscal da Anatel seja ofendido verbal ou fisicamente no exercício de sua função, praticará o infrator o crime de desacato (art. 331 do CP. Pena: detenção de 6 meses a 2 anos, ou multa) ou, ainda o crime de injúria (pena de 1 a 6 meses, ou multa – aumentada de 1/3 no caso de o ofendido ser Funcionário Público, cf. art. 141, II, do CP) ¹¹³. Neste último caso não é preciso que a ofensa seja feita na presença do funcionário público, ao contrário do que ocorre com o desacato.

Nos casos em que o fiscal se depare com o funcionamento irregular de rádio pirata, ou coisa do gênero, sem que o dono seja identificado, deverá o fiscal (de preferência auxiliado por policiais) proceder à apreensão do equipamento e proceder à lacração do local (esta última nas situações em que tal seja possível). Não há que se falar em violação de domicílio (art. 150 do CP), em tais hipóteses, pois aplicável à espécie a ressalva constante no art. 150, § 3º, II, do CP ¹¹⁴.

Há que se ter em boa conta, para a configuração do crime de violação de domicílio, o conceito de ‘casa’. Este abrange: i) qualquer compartimento habitado; ii) aposento ocupado de habitação coletiva; iii) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (art. 150, § 4º, do CP). Contudo não

¹⁰⁹ Art. 68 do Dec. Lei nº 3.688/41 - pena de multa. Art. 68, par. único do referido DL (caso o autuado preste informações inverídicas não enquadráveis nas hipóteses de falsidade ideológica [art. 299 do CP]: pena de prisão simples de 1 a 6 meses e multa.

¹¹⁰ Contudo, nada impede que aquele que se recusa seja conduzido à delegacia pelo policial para que lá seja identificado criminalmente, isto em observância ao disposto no art. 5º da LVIII, da CF, bem como à Lei nº 10.054/01. Vale frisar que a condução do que se recusou à identificação civil não impede a imputação da figura penal prevista no art. 68 da Lei de Contravenções.

¹¹¹ Há orientação em sentido contrário, ou seja, de que o crime de desacato restaria absorvido pelo crime de resistência. Vide STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7ª ed. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 3949.

¹¹² STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva. Ob cit. pp. 3942-3943.

¹¹³ Aliás, em caso de inércia do Ministério Público, titular da Ação Penal pelo crime de desacato, pode o funcionário ofendido oferecer queixa-substitutiva (Ação Penal Privada Substitutiva), conforme a recente orientação jurisprudencial do STF.

¹¹⁴ “Não constitui crime [violação de domicílio] a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: (...) II – a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado”.

compreende o conceito de ‘casa’ para os fins já mencionados, de forma a permitir a entrada ou a permanência indiscriminadamente, sem que reste configurado o crime de violação de domicílio: i) hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta (ou seja, quando não estiver ocupada por alguém, situação na qual estar-se-á diante de local cuja inviolabilidade é resguardada pelo art. 150 do CP); ii) taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero (art. 150, § 5º, do CP).

Para as situações em que se verifique o flagrante, no que diz respeito ao cometimento de crime previsto no art. 70 do CBT, conforme já fora visto anteriormente, pode o fiscal adentrar no local, mesmo que, aparentemente, não haja ninguém no local. Para tanto, nada impede que lance mão do uso de chaveiro para abrir a porta.

Por derradeiro, interessante tratar de questão recorrentemente aventada, relativa ao flagrante de crime (art. 70 do CBT) praticado em quarto de hotel, *apart* hotel ou estabelecimento do gênero (hospedaria). Em tais casos, aplicável a hipótese do art. 150, § 5º, do CP - caso esteja o quarto desabitado –; ou do art. 150, § 4º, do CP - caso esteja habitado. Certo, portanto, que, em ambas as hipóteses, permitido é o ingresso do fiscal da Anatel no recinto (de preferência auxiliado pela polícia), para apreensão dos equipamentos e eventual autuação do infrator.