

O exercício do poder de polícia no âmbito da atividade de fiscalização executada pelas agências reguladoras federais: breves notas sobre a fiscalização de polícia no âmbito da Agência Nacional de Transportes Aquaviários

Francisco Dias de Oliveira Júnior¹

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo estudar e contextualizar a atividade de fiscalização realizada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), por meio do exercício regular do seu poder de polícia administrativa, demonstrando, por conseguinte, que a relação estabelecida entre este poder e aquela atividade, dentro dos limites da competência regulatória desta Agência, faz-se com observância à lei e aos princípios constitucionais, na defesa do interesse público.

Palavras-chave: Poder de polícia; Agência reguladora; Fiscalização.

Introdução

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), como espécie do gênero agência reguladora federal, ente da Administração Pública federal indireta, no uso de suas atribuições regulatórias, têm como uma de suas prerrogativas o exercício do poder de polícia, principalmente quando na execução da atividade de fiscalização dos serviços delegados².

Visto que o exercício de tal prerrogativa caracteriza-se como uma

¹ Especialista em Regulação – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Pós-graduação em Direito e Processo Tributário (Faculdade Leão Sampaio), MBA em Gestão Empresarial (FGV), Graduação em Engenharia Elétrica (UFC), Ex-professor do Centro Federal de Educação Tecnológico (Cefet/CE), Acadêmico de Direito (FA7) – Cursando 8º semestre, Cursando MBA em Regulação de Serviços Públicos (FGV).

² Entenda-se “serviços delegados” em seu sentido *latu sensu*.

atividade típica de Estado, surgem, então, alguns questionamentos: a Antaq tem legitimidade para se utilizar de tal poder? Ao exercê-lo, há imposição de limitações aos direitos individuais? Essas limitações são legítimas? Quais os limites para o exercício de tal prerrogativa? Qual a posição da doutrina e da jurisprudência sobre o tema?

Referidas indagações constituem a problemática a ser analisada neste trabalho, enquanto as respostas a tais perguntas se constituirão nos objetivos a serem alcançados.

1 Poder de Polícia

Como o poder de polícia está no cerne desta discussão, faz-se necessário buscar a origem de tal expressão e contextualizá-la na realidade atual, objeto deste estudo. Afinal, o poder de polícia constitui um dos mais clássicos institutos do Direito Administrativo moderno.

1.1 Origem e conceituação

Essa terminologia, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 106), vem do grego *politeia* e era utilizado para designar todas as atividades das cidades-estados (*polis*). *A contrario sensu*, pontifica Hely Lopes Meirelles (2008, p. 107) que tal terminologia remonta ao termo romano *politia*, que deu origem ao vernáculo polícia e surgiu da necessidade de proteger o cidadão romano. Divergências à parte, o importante é saber que tal termo não tem qualquer relação com o significado atual da expressão.

Hodiernamente podemos conceituar o poder de polícia³ como “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (MEIRELLES, 2008, p. 133). Portanto, em essência, está-se a tratar de uma prerrogativa da Administração, “que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades”, sendo essa, portanto, uma das atividades do Estado em que mais se expressa sua autoridade e imperatividade,

3 Não se pode olvidar que tal instituto encontra-se positivado, no ordenamento jurídico pátrio, por meio do art. 78, do Código Tributário Nacional (CTN).

visto que esse poder-dever de que dispõe a Administração (o Estado) se insere na dicotomia “liberdade-autoridade” e “Estado-indivíduo”, que “permeia o direito administrativo e o direito público” moderno (MEDAUER, 2006, p. 331).

Por fim, de forma bastante didática, nos ensina Cooley (1903, apud MEIRELLES, 2008, p. 135) que:

o poder de polícia (*police power*), em seu sentido amplo, compreende um sistema total de regulamentação interna, pelo qual o Estado busca não só preservar a ordem pública senão também estabelecer para a vida de relações dos cidadãos aquelas regras de boa conduta e de boa vizinhança que se supõe necessárias para evitar conflitos de direitos e para garantir a cada um o gozo ininterrupto de seu próprio direito, até onde for razoavelmente compatível com o direito dos demais.

Pelo exposto, tem-se que o poder de polícia se caracteriza pela imposição de limites ao exercício de direitos e liberdades individuais. Entretanto, deve-se ressaltar que não há qualquer incompatibilidade entre o exercício daquele poder (pelo Estado) e o exercício dos direitos individuais (pelos administrados), pois, na lição de Guido Zanobini (1968, apud DI PIETRO, 2008, p. 105), “a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”. Logo, essa limitação à liberdade individual, “tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais ao homem” (CAVALCANTI, 1956, apud DI PIETRO, 2008, p. 105)

1.2 Atributos

O Poder de polícia – como gênero de ato administrativo – apresenta os seguintes atributos: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade.

O primeiro atributo se traduz na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência para exercer o poder de polícia, empregando os meios adequados e proporcionais ao seu exercício, bem como aplicando as sanções provenientes. Essa discricionariedade reside “no uso da liberdade legal de valoração das atividades policiadas e na graduação das sanções

aplicáveis aos infratores”, sanções essas que devem “guardar correspondência e proporcionalidade com a infração” (MEIRELLES, 2008, p. 138).

Desde já, deve-se ressaltar que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, pois aquela é a liberdade de agir dentro dos limites legais, enquanto esta é a ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder. Portanto, o poder discricionário está limitado pela legalidade, ou seja, “la regla de Derecho no puede ser violada por disposición de policía; ésta no puede autorizar lo que dicha regla prohíbe ni prohibir lo que ella permite” (OTTO MAYER, 1951, apud MEIRELLES, 2008, p. 139).

O segundo atributo – o da autoexecutoriedade – representa a faculdade que a Administração tem de decidir e executar diretamente suas decisões por seus próprios meios, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Obviamente, como há no ordenamento constitucional pátrio o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional⁴, se o administrado se sentir lesado/ameaçado em seu direito, poderá recorrer, pela via adequada, ao Poder Judiciário. Por força desse atributo, a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, passíveis de execução pelos fiscais da Antaq⁵, é medida coativa possível de ser posta em prática, sem a necessidade de recorrer às vias judiciais, tão logo seja constatada a irregularidade.

O terceiro atributo – a coercibilidade – reflete-se por meio da imposição coativa das medidas adotadas pela Administração, significando, assim, que o ato de polícia é imperativo, ou seja, obrigatório para o seu destinatário. Tal atributo justifica, por parte da Administração, o emprego da força física, caso haja oposição ou resistência do infrator. Ressalte-se que o emprego da força física deve ser adequado e proporcional à resistência do infrator, sob pena de ser caracterizado como abuso de poder ou de autoridade.

1.3. Meios de Utilização

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.731), “o

4 Constituição Federal de 1988. Art. 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (BRASIL, 1988).

5 Conforme estabelece o paragrafo único, do art. 3º, da Lei nº 10.871/2004.

poder de polícia administrativa se manifesta tanto através de atos normativos e de alcance geral quanto de atos concretos e específicos⁶". De forma mais detalhada, assim nos ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1997, p. 301-304, **grifei**):

o poder de polícia pode ser exercido de quatro distintas formas: (i) através da *ordem de polícia*, que vem a ser uma determinação geral e abstrata para que não se faça aquilo que possa prejudicar o interesse geral ou para que não se deixe de fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público; (ii) pelo *consentimento de polícia*, que são as hipóteses nas quais o legislador exige um *controle prévio* da compatibilidade do uso do bem ou do exercício de uma atividade com o interesse público (por exemplo, as atividades que requerem licenciamento ambiental ou autorização prévia da Prefeitura); (iii) **pela fiscalização de polícia, que se destina a verificar se estão sendo cumpridas as ordens de polícia e se estão ocorrendo abusos no exercício das atividades privadas que foram objeto de consentimentos de polícia**, e (iv) pela *sanção de polícia*, que consiste na aplicação dos instrumentos de *intervenção punitiva* do Estado sobre propriedade privada e as atividades particulares.

Portanto, como se verifica nas lições supra, a fiscalização de polícia, "que se destina a verificar se estão sendo cumpridas as ordens de polícia e se estão ocorrendo abusos no exercício das atividades privadas que foram objeto de consentimento de polícia", é uma das formas de exercício, pela Administração, de seu poder de polícia administrativa, caracterizando-se, portanto, como atos concretos e específicos.

Conforme já exposto, a atividade fiscalizadora caracteriza-se como espécie do qual o poder de polícia é o gênero. Sendo aquela o foco principal deste trabalho, trazemos à baila a lição de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 141), o qual assim a conceitua e a restringe:

essa fiscalização, como é óbvio, restringe-se à verificação da normalidade do uso do bem ou da atividade policiada, ou seja,

6 Nesse mesmo sentido, ver Odete Medauer (2006, p. 334).

da sua utilização ou realização em conformidade com o alvará respectivo, com o projeto de execução e com as normas legais e regulamentares pertinentes.

Podemos, então, afirmar que o poder de polícia está intrinsecamente ligado à atividade reguladora do Estado, logo, inerente ao Estado Democrático de Direito, e que a fiscalização é uma das maneiras de utilização desse poder, conforme visto nas lições supra.

1.4. Extensões e Limites

Tem-se como regra geral que “onde houver interesse relevante da coletividade ou do próprio Estado haverá, correlatamente, igual poder de polícia administrativa para proteção desses interesses” (MEIRELLES, 2008, p. 137). Afinal, este é, sem dúvida, um sistema importante de limitação de direitos individuais, mas só deverá ter cabimento na extensão requerida pela lei e na defesa do interesse público, pois fora daí é arbítrio.

Para Otto Mayer (1951, p. 38), “ninguna orden de policia puede emitir-se válidamente sin fundamento legal”. Portanto, para que o exercício do poder de polícia seja válido, deve ser praticado por autoridade competente em virtude de autorização prevista em lei e dentro dos limites por ela previsto. *In casu*, a redação do parágrafo único do art. 78 do Código Tributário Nacional é bastante útil para se estabelecer o limite do exercício regular do poder de polícia:

Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (BRASIL, 1966).

Além do mais, deve-se destacar que qualquer medida imposta no exercício da atividade de polícia administrativa deve ser adotada com observância do devido processo legal (*due process of law*)⁷, para que seja assegurado ao

⁷ Constituição Federal de 1988, inciso LIV, art. 5º.

administrado o exercício do contraditório e da ampla defesa⁸.

1.5 Sanções

Inicialmente, faz-se mister estabelecer uma distinção entre sanção de poder de polícia e sanção penal, pois, enquanto esta está intrinsecamente relacionada às condutas tipificadas como crime na legislação penal; aquela, na lição de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 142), é aplicável “aos atos ou condutas individuais que, embora não constituam crime, sejam inconvenientes ou nocivas à coletividade, como previsto na norma legal”. Entretanto, apesar da importante distinção citada, as mesmas apresentam semelhanças, qual seja: a de que ambas devem estar devidamente tipificadas. Portanto, o que se requer é a legalidade da sanção (tipificação legal) e sua proporcionalidade (princípio constitucional) à infração cometida ou ao dano causado à coletividade ou ao próprio Estado.

Deve-se entender que o poder de polícia seria “inane e ineficiente se não fosse coercitivo e não estivesse aparelhado de sanções para os casos de desobediência à norma legal da autoridade competente” (MEIRELLES, 2008, p.142).

No âmbito de fiscalização e de atuação da Antaq, as sanções aplicáveis podem ser as seguintes: advertência, multa, suspensão, cassação e declaração de inidoneidade⁹. Ressalte-se que a aplicação dessas sanções não exclui, nem reduz a responsabilidade civil e/ou penal dos infratores.

2. Agências reguladoras federais

Deve-se observar, por oportuno, que o constituinte originário não fez nenhuma previsão expressa sobre a criação, natureza jurídica ou atuação das agências reguladoras, apesar de implicitamente se verificar, na redação do art. 174 da Lei Maior, referência direta à atuação reguladora do Estado no domínio econômico. Ficou, então, para o constituinte derivado tal função, que o fez por meio de Emendas à Constituição¹⁰, mas apenas com relação às seguintes

8 Constituição Federal de 1988, inciso LV, art. 5º.

9 Conforme redação dada pelo art. 78-A, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. (BRASIL, 2001).

10 Apenas após a promulgação das Emendas Constitucionais nº 8 e 9 é que se passou a ter previsão expressa no

agências reguladoras: Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e Agência Nacional do Petróleo (ANP).

As primeiras agências reguladoras brasileiras tiveram sua origem na segunda metade da década de 1990, logo após o processo de privatização iniciado pelo governo federal, cuja política tinha como fundamento a transferência da execução de serviços públicos para o setor privado, ficando reservado ao Estado a regulamentação, o controle e a fiscalização desses mesmos serviços.

As agências reguladoras federais, criadas até o momento sempre por meio de lei específica, revestem-se na forma jurídica de autarquias “especiais”. Vêm-nos, assim, do Decreto-Lei n° 200/67, a definição legal de autarquia como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Conforme preleciona Joaquim B. Barbosa Gomes (2002, p. 8),

no plano jurídico formal, as agências brasileiras nada mais são, pois, do que as velhas e conhecidas autarquias, pessoas jurídicas de direito público, agora com nova roupagem e dotadas de um grau maior de independência em relação ao poder central, daí a qualificação de ‘especial’ que lhes é conferida pela lei.

Para justificar o vocábulo “especiais” *supra*, trazemos à baila a lição da Prof. Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2008, p.445), para quem as agências estão sendo criadas como autarquias de regime “especial’ porque:

sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; **o regime especial** vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que

texto constitucional sobre a criação de um órgão regulador. Ressalte-se, que essa previsão se limita a criação da Anatel e da ANP, apenas. Sendo que na Carta Magna, não há referência ao termo Agência Reguladora, mas a Órgão Regulador. Portanto, a origem agência reguladora vem da doutrina e das respectivas leis de criação destas agências.

eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

Antes de tratarmos especificamente da Agência Nacional de Transportes Aquaviários e de estudarmos a natureza da fiscalização de polícia exercida por esta Agência, devemos primeiramente entender o conceito de regulação. Sendo assim, trazemos à tona a definição do sociólogo Philip Selznik (1985, apud MARQUES NETO, 2000, p. 84, nota de rodapé): “Por ‘regulação’ deve entender-se um controle prolongado e localizado, exercitado por uma agência pública, sobre uma atividade à qual uma comunidade atribui relevância social”.

No Brasil, a atividade exclusiva de Estado da regulação econômica¹¹ emana, sem controvérsias, da própria Lei Maior, que assim estabelece em seu art. 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Para Marçal Justen Filho (2002, p. 343, grifei), poder regulatório das agências reguladoras trata-se de: “poderes de intervenção no domínio econômico (em sentido amplo), o que envolve delegação de poderes regulamentares e atribuição de *poderes de polícia para fiscalizar atividades econômicas privadas*, inclusive arbitrando litígios entre particulares”.

Para Calixto Salomão Filho (2001, apud DI PIETRO, 2008, p. 443, grifei), a regulação, em sentido amplo, “engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão do serviço público ou o *exercício de poder de polícia*”.

Pelo exposto, verifica-se que regulação da atividade econômica e poder de polícia estão intrinsecamente relacionados, sendo este uma das ferramentas para se atingir do objetivo daquela.

2.1 Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq)

¹¹ A regulação econômica refere-se àquelas intervenções cujo propósito é mitigar imperfeições, como a existência de traços de monopólio natural, e assim melhorar o funcionamento do mercado.

A Antaq é uma agência reguladora federal, autarquia em regime especial, com autonomia administrativa e funcional, vinculada à Secretaria de Portos da Presidência da República¹², criada pela Lei nº 10.233/2001; e tem como objetivos: regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária exercidas por terceiros. O art. 20 da retrocitada Lei traz, de forma detalhada, os objetivos da Agência:

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

I – implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei;

I - implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da Presidência da República, em suas respectivas áreas de competência, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei;(Redação dada pela Medida Provisória nº 595, de 2012)

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

Com fulcro no art. 27, inciso IV, da Lei nº 10.233/2001, na redação dada pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4 de setembro de 2001, a Antaq

¹² Conforme nova redação dada pela Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012.

emitiu a Resolução nº 987, de 14.02.2008, que regulamenta a atividade de fiscalização de polícia no âmbito de sua competência. Esta é a redação do art. 1º da referida norma, *in verbis*:

Esta Norma tem por objeto disciplinar, no âmbito da ANTAQ, o procedimento de fiscalização e o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades nos casos de condutas que infrinjam disposição legal, regulamentar ou contratual relativas à prestação de serviços de transportes aquaviários, de apoio marítimo e de apoio portuário e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, regendo-se pelo disposto nas Leis nº 9.784, de 1999, e nº 10.233, de 2001, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 2001, do Decreto nº 4.122, de 2002, pelas regras desta Norma e demais disposições legais pertinentes (BRASIL, ANTAQ, 2008).

Portanto, pelo exposto, compete à Antaq fiscalizar a prestação de serviços de transporte aquaviário, de apoio marítimo e de apoio portuário, e a exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária. O inciso II do art. 2º da Resolução nº 987/2008 traz o conceito da fiscalização executada por este órgão, o qual reproduzimos *ipsis litteris* a seguir:

Atividade destinada a verificar o cumprimento das obrigações decorrentes de leis, instrumentos de outorga e das demais normas pertinentes, constituída de procedimentos de averiguação, inspeção de instalações ou equipamentos, verificação de documentos, dados e de todo e qualquer elemento que possa fornecer subsídios de natureza técnica, operacional, econômico-financeira, jurídica e contábil, necessários à apuração da verdade material dos fatos investigados (BRASIL, ANTAQ, 2008).

Ressalte-se que é através do exercício regular do poder de polícia administrativa que a Agência busca atingir os objetivos da regulação econômica das atividades a si relacionadas, e o procedimento de fiscalização dos administrados se externaliza como uma das expressões/manifestações do

exercício daquele poder-dever¹³. Desse modo, aduz Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 732, *grifei*) que “a atividade de polícia envolve também os atos fiscalizadores, através das quais a Administração Pública previamente acautela eventuais danos que poderiam advir da ação de particulares”. Portanto, é por meio dessas fiscalizações que se busca evitar tais danos, em detrimento dos direitos coletivos, da supremacia do interesse público e do equilíbrio entre os agentes regulados, o consumidor e o Poder Público.

O art. 3 da norma precitada traz em seu bojo os princípios que devem ser obedecidos tanto na condução do procedimento fiscalizatório quanto na execução do Processo Administrativo Contencioso (PAC), a saber: “legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

3 O poder de polícia no âmbito da atividade de fiscalização executada pela Antaq

A Antaq – no exercício do seu poder de polícia – tem a atribuição de fiscalizar o cumprimento das normas por ela impostas, assim como as demais legislações aplicáveis à sua área de atuação e aos agentes por si regulados. Aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 447) que, “quanto às agências que atuam no exercício do poder de polícia, as atribuições são aquelas inerentes a esse poder, tais como as de normatizar a atividade (nos limites legais), fiscalizar o cumprimento das normas, aplicar sanções”.

O exercício do poder de polícia, no âmbito das agências reguladoras, foi inicialmente positivado por meio da Lei nº 9.472/97¹⁴, que disponha sobre os serviços de telecomunicações e a criação do órgão regulador (Anatel), *in verbis*:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento

13 Diz-se poder-dever porque a Agência não tem apenas a prerrogativa, ou seja, o poder, mas tem, também, e principalmente, o dever de realizar a fiscalização de polícia, como um dos pressupostos que para atingir o equilíbrio entre os envolvidos no processo regulatório (Estado, consumidor/usuário e prestadoras dos serviços públicos delegados).

14 Destaque-se que esta Lei dispõe apenas sobre a atuação no âmbito de competência da Anatel, não tendo nenhuma validade para os demais órgãos reguladores.

das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência; (BRASIL, 1997).

Posteriormente, o exercício de tal instituto, por parte das agências reguladoras, foi regulamentado por meio do parágrafo único do art. 3º da Lei nº 10.871/2004, com redação dada pela Lei nº 11.292/2006, que assim estabelece:

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 (BRASIL, 2004).

Ressalte-se que, *in casu*, tal regulamentação é válida para todas as agências reguladoras federais¹⁵, pois, anteriormente à edição da Lei retrocitada, havia regulamentação aplicável apenas à Anatel, como já anteriormente mencionado.

Dada à importância que os setores regulados têm para a economia e para o desenvolvimento do País, resta-se inegável destacar que a atividade de fiscalização de polícia se reveste de uma formalidade e de uma responsabilidade ímpar. Desta mesma forma, os fiscais, reais executores da atividade de fiscalização realizada pela Antaq têm imensa responsabilidade; daí exercerem carreira típica de Estado. Este fundamento de que as funções a serem exercidas por estes fiscais revestem-se de característica relevância, que as caracterizam como funções de Estado, foi defendida pelo Min. Marco Aurélio, do Supremo

15 Antaq, ANP, ANS, ANTT, Anatel, Anvisa, ANA, Aneel.

Tribunal Federal, em decisão proferida na ADI nº 2310-1-DF, conforme citado por Floriano Azevedo Marques Neto (2003, p. 23):

Inegavelmente, as agências reguladoras atuam com poder de polícia, fiscalizando, cada qual em sua área, atividades reveladoras de serviço público, a serem desenvolvidas pela iniciativa privada. (...) Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia, fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público... [próprio] àqueles que desenvolvem atividades exclusivas de Estado.

Como a criação da Anatel, por várias vezes já exposto, trata-se de tema constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi chamado a se manifestar sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.472/1997 e, por conseguinte, posteriormente o fez, de modo indireto, com relação à Lei nº 10.871/2004, como veremos adiante.

3.1 Posição da Suprema Corte sobre a constitucionalidade das leis nº 10.871/2004 e 9.472/1997

Como há a previsão expressa na Carta Política de 1988¹⁶ sobre de criação de um órgão regulador para a regulação dos serviços de telecomunicações, portanto, matéria de natureza constitucional, o Supremo foi chamado a decidir sobre vários temas relacionados à Lei de criação da Anatel, dentre eles, sobre a competência deste órgão para realizar a busca e apreensão de bens no exercício do poder de polícia, e, assim o fez, por meio do julgamento da ADI 1668-MC/DF, no qual se decidiu pela suspensão do inciso XV, do art. 19, da Lei nº 9.472/97, que dispunha sobre a competência do órgão regulador para realizar busca e apreensão de bens.

Posteriormente a esta decisão da Suprema Corte, cuja Medida Cautelar foi impetrada em 20.08.1998, e a decisão publicada no Diário da Justiça em 16.04.2004, foi ingressada Reclamação nº 5310-5 – Mato Grosso, de

¹⁶ Art. 21, inciso XI, da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988).

03.04.2008, nesta mesma Corte, cuja alegação era o descumprimento da Medida Cautelar na ADI 1668-MC/DF, contra a decisão reclamada, que determinou o lacre e a apreensão de equipamentos da rádio clandestina fundamentada no exercício regular do poder de polícia. Desta vez, o Supremo não decidiu o mérito da questão, pois reconheceu que a via utilizada (reclamação) era inadequada para o controle de constitucionalidade e que, “ao tempo da decisão judicial reclamada já estava em vigor a Lei nº 10.871/2004, na redação dada pela Lei nº 11.292/2006, que prevê aos ocupantes dos cargos de fiscal dos órgãos reguladores a prerrogativa de apreensão de bens e produtos”. Portanto, não havendo “descumprimento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1668-MC/DF”. A propósito, observe-se a Ementa da decisão citada:

Agência reguladora. Decisão judicial que determina a busca e a apreensão de equipamentos radiofônicos de emissora de rádio comunitária clandestina. No julgamento da ADI 1.668-MC/DF, entre vários dispositivos questionados e julgados, decidiu-se pela suspensão do inciso XV do art. 19 da Lei 9.472/97, que dispunha sobre a competência do órgão regulador para ‘realizar busca e apreensão de bens’. Decisão reclamada que determinou o lacre e a apreensão dos equipamentos da rádio clandestina fundamentada no exercício do regular poder de polícia. Ao tempo da decisão judicial reclamada, já estava em vigor a Lei 10.871/04, na redação da Lei 11.292/2006, que prevê aos ocupantes dos cargos de fiscal dos órgãos reguladores as prerrogativas de apreensão de bens e produtos. Ausência de descumprimento da ADI 1.668-MC/DF. (Rcl 5.310, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 3-4-2008, Plenário, DJE de 16-5-2008). (BRASIL, STF, 2008; BRASIL, STF, 2004).

Portanto, pelo exposto, a Lei nº 10.871/2004, que regulamenta o exercício do poder de polícia no âmbito de competência da Antaq – como no das demais agências reguladoras federais – não padece de vícios de inconstitucionalidade, sendo, portanto, válida para todos os efeitos legais, uma vez que toda lei é, a princípio, constitucional, pela presunção de constitucionalidade das leis, e

que o STF, em nenhum momento foi provocado para analisar o mérito de tal discussão.

Considerações finais

A atividade de regulação, como não poderia deixar de ser, abrange o estabelecimento de regras de conduta e de controle, cujo objetivo é proteger o interesse público. Logo, seu conceito está afeto ao conceito de poder de polícia, visto que este se caracteriza como a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão do interesse público.

O poder de polícia administrativa, dada a sua importância no papel de assegurar e garantir a ordem pública e a proteção dos interesses coletivos (incluindo-se aqui a defesa dos usuários do serviço público), é inseparável da ideia de Estado, que, por conseguinte, é inseparável da ideia de órgão regulador, uma vez que este é uma extensão daquele e que seus servidores exercem carreira típica de Estado.

Ficou demonstrado que a Antaq, como ente da Administração Pública federal indireta e detentora de competência regulatória da atividade econômica, tem legitimidade para se utilizar do poder de polícia administrativa. Entretanto, o exercício dessa prerrogativa deve se limitar ao estritamente estabelecido na lei, assim como aos princípios constitucionais da proporcionalidade¹⁷, da moralidade, da impessoalidade e do devido processo legal, dentre outros.

Uma das maneiras que a referida Agência tem para fazer cumprir os seus objetivos como órgão regulador, é o exercício regular do poder de polícia, principalmente pela utilização regular e periódica de seus procedimentos fiscalizatórios da atividade econômica dos administrados, cujo funcionamento depende de sua autorização e se submetem à sua fiscalização. Nesta seara, compete à Antaq reprimir as condutas prejudiciais ao direito do consumidor, à livre iniciativa e à livre concorrência, atendendo, dessa forma, ao interesse maior, que é o interesse público.

A utilização de meios coativos, como a interdição de estabelecimentos,

¹⁷ Importa que haja proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida.

instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, executada pelos fiscais da Antaq, é uma necessidade imposta aos administrados, em nome do interesse público. A utilização de tais meios não pode constituir, para o particular, gravames maiores que o necessário ao alcance dos fins desejados, nem podem ocorrer sem obediência às formalidades legais nem a devida cautela estabelecida nas normas que regulam os procedimentos de fiscalização.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade afiguram-se como uma garantia ao administrado, sujeito ao poder de polícia (assim como aos seus gravames e sanções), uma vez que tanto esse poder, como a ação da Administração, deve ser norteado pelos limites impostos pelo ordenamento jurídico, cujo fim precípua é a proteção dos direitos individuais e do interesse público. Entretanto, quando houver conflito entre aquele direito e o interesse público, este deve prevalecer, mas sempre limitado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Referências Bibliográficas

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq. Resolução nº 987, de 14 de fevereiro de 2008. Norma para disciplinar o procedimento de fiscalização e o processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades na prestação de serviços de transportes aquaviários, de apoio marítimo, de apoio portuário, e na exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 fev. 2008. Seção I.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma

Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 fev. 1967.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 out. 1966.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 1997.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 jun. 2001.

BRASIL. Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004. Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 jun. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. ADI nº 1.668 MC/DF – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20/08/1998, Tribunal Pleno, Publicação no **Diário da Justiça** em 16/04/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. Reclamação nº 5.310-5, Mato Grosso. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 03/04/2008, Plenário, publicação no

Diário da Justiça Eletrônica em 16/05/2008.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. São Paulo – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. t. 3.

COOLEY. **Constitutional limitation**. Nova York, 1903.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. - 2º reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado)**. Artigo publicado no *site* Mundo Jurídico, em julho de 2002. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 06 mai. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A nova regulação estatal e as agências independentes**. In: *Direito Administrativo Econômico*. Carlos Ari Sunfeld (Coordenador). São Paulo, Malheiros, 2000.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Agências reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado**. Brasília: Associação Brasileira de Agências de Regulação - ABAR, 2003. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/biblioteca/publicacoesAbar/>>. Acesso em: 03 jun. 2011.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Buenos Aires: De Palma. 1951.

MEDAUER, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo:

Malheiros Editores, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001.

SELZNIK, Philip. **Focusing organizational research on regulation**. In: Regulatory policies and the social sciences. Berkeley: University of California Press, 1985.

ZANOBINI, Guido. **Curso de direito administrativo**. Milão: A. Giuffrè, 1968. v.4.