

# Regulação e processo administrativo sancionador: aspectos constitucionais da Lei nº 9.784/1999 na jurisprudência do STF, na literatura jurídica e na legislação aplicável às agências reguladoras

**André Luís M. Freire**

Advogado. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Autor de *Supremo Tribunal Federal, administração pública e processo administrativo: como a Lei de Processo Administrativo é aplicada pelo Supremo?* (2012), pesquisa realizada na Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). E-mail: <andre.luis.freire@usp.br>.

---

**Resumo:** A disciplina do processo administrativo ganhou novos contornos com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a promulgação da Lei de Processo Administrativo no âmbito federal (Lei nº 9.784/1999). No período entre esses marcos legais, foi implementado no Brasil o modelo do Estado-regulador, no qual as agências setoriais fazem uso do processo administrativo para perseguir algumas de suas missões institucionais. O presente trabalho propõe um estudo comparativo entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e a doutrina jurídica, no que concerne aos aspectos constitucionais do processo administrativo, em especial na modalidade sancionadora, promovido pela Administração Pública. O trabalho explicita o entendimento da Corte e de alguns autores a respeito das questões inseridas nesse tema e, a partir dessa contraposição, analisa as regras aplicáveis ao processo sancionatório realizado por sete agências reguladoras (ANA, ANATEL, ANEEL, ANP, ANTAQ, ANTT e ANVISA). Na conclusão, são apresentadas algumas reflexões sobre o papel de ambas as fontes na construção da disciplina do processo administrativo, é questionada a existência de um diálogo entre o Supremo e a doutrina e são extraídas algumas conclusões sobre o regime jurídico do processo sancionador realizado no âmbito das sete agências estudadas.

**Palavras-chave:** Lei nº 9.784/1999. Supremo Tribunal Federal. Doutrina jurídica. Agências reguladoras. Processo sancionador.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Breve nota sobre o método – **3** A Lei nº 9.784/99 segundo o Supremo, a Academia e nas agências reguladoras – **4** Análise crítica – Referências

---

## 1 Introdução<sup>1</sup>

A regulação pressupõe a prerrogativa de disciplina da vida econômica e social por parte da Administração Pública. A organização do sistema de coleta e tratamento de esgoto, a estruturação do modelo de produção e distribuição de energia elétrica e a imposição de níveis de qualidade a serem atingidos pelas operadoras das telecomunicações são exemplos de como ao Estado-regulador incumbe um papel relevante no cotidiano, em especial, dos usuários dos serviços públicos.

A atividade regulatória é composta por inúmeras funções administrativas, dentre as quais se destaca, para o presente artigo, a função sancionadora. Se a atuação administrativa, de modo geral, está relacionada à promoção de processos,<sup>2</sup> a averiguação de condutas dos agentes de mercado e a imposição de sanção (poder de polícia) são atividades que estão profundamente relacionadas à processualidade. Os atos administrativos do agente regulador, em regra, e principalmente a decisão final que apreciará o cabimento de imposição de punição, têm que estar fundados em regular processo administrativo por obrigação legal. A compreensão dos desdobramentos do poder-dever de promoção de processo administrativo pela autoridade é, portanto, uma discussão que envolve a melhoria da atividade regulatória.

Para exercer a função sancionadora, o Poder Público deve promover processo administrativo, em observância aos parâmetros constitucionais e legais. A Constituição Federal, de modo inédito em relação às suas antecessoras, trata do “processo administrativo” ao estabelecer garantias processuais, a exemplo do que prescreve o art. 5º, e ao tratar de diversos procedimentos específicos (i.e. processo de licitação no art. 37, inciso XXI; processo para perda de cargo de servidor público no art. 41, §1º, inciso II). O art. 5º apresenta um rol de garantias individuais que visam a tutelar o interesse do administrado contra atos ilegais da Administração no âmbito do processo administrativo. Assiste a ele o devido processo legal (inciso LIV), o contraditório e a ampla defesa (inciso LV), a vedação de produção de provas por meios ilícitos (inciso LVI) e a duração razoável do processo, pelo uso de meios céleres (inciso LXXVIII).

Já a política legislativa infraconstitucional sobre o processo administrativo pode ser sistematizada em três blocos temporais. Em um primeiro momento, foram

<sup>1</sup> O presente trabalho está fundado, em parte, sobre apresentação proferida no VIII Congresso Brasileiro de Regulação, promovido em Fortaleza em agosto de 2013, e em pesquisa desenvolvida no âmbito da Sociedade Brasileira de Direito Público, intitulada *Supremo Tribunal Federal, administração pública e processo administrativo: como a Lei de Processo Administrativo é aplicada pelo Supremo?*. Disponível em: <[http://sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=203](http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=203)>.

<sup>2</sup> “Já, o conceito de regulação foi introduzido para afirmar que a Administração poderia receber das leis uma série de competências para ordenar amplamente quaisquer atividades econômicas, inclusive poderes normativos, exercidos pela edição de regulamentos autorizados pelas leis. A contrapartida é que eles sejam exercidos por meio de processos administrativos e de estruturas administrativas de caráter técnico (em alguns casos, por meio de agências reguladoras independentes)” (SUNDFELD, 2012, p. 23).

promulgadas diversas leis regentes de processos administrativos específicos, a exemplo do processo de demarcação de terras indígenas (Lei nº 6.001/1973), do processo administrativo tributário (Lei nº 5.172/1966), do Estatuto dos Servidores Públicos (Lei nº 8.112/1990), da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) e da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995).

O segundo bloco se identifica no contexto de reforma do Estado, de privatizações de empresas estatais e de criação de agências reguladoras. A partir da segunda metade da década de 1990, o legislador lançou mão de uma técnica legislativa conveniente às necessidades de adequação da regulação à dinâmica do mercado: promulgou leis setoriais com regras gerais de processo administrativo para cada setor e outorgou às respectivas agências o poder de disciplinar mais detalhadamente os processos por meio de atos infralegais, via seus regimentos internos, por exemplo.<sup>3</sup>

Por fim, o terceiro momento, quase concomitante ao segundo, é marcado pela promulgação de leis gerais de processo administrativo, nas três esferas federativas.<sup>4</sup> Na órbita federal, a Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo, LPA) estabelece “normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração” (art. 1º).<sup>5</sup> Para os processos administrativos que dispõem de lei própria, como ocorre com aqueles promovidos pelas agências reguladoras, a LPA se aplica de modo subsidiário (art. 69).<sup>6</sup>

Uma das principais críticas que se coloca ao diploma normativo em comento é a sua disciplina enxuta e seu conteúdo abrangente. Assim, teria optado o legislador por conferir maior margem de normatividade ao regulador setorial e por permitir maior protagonismo aos tribunais, ao interpretar as normas e decidir a respeito da condução dos processos administrativos. É o que observa, por exemplo, Carlos Ari Sundfeld (2011, p. 189s.):

<sup>3</sup> Cf., art. 3º, incisos XIV e XVII, da Lei do Setor Elétrico (Lei nº 9.427/1996) e art. 4º, incisos II e XIX, da Lei de criação da ANA (Lei nº 9.984/2000).

<sup>4</sup> Na esfera estadual, *vide* Lei Complementar nº 33/1996 de Sergipe, Lei nº 10.177/1998 de São Paulo, Lei nº 11.781/2000 de Pernambuco, Lei nº 13.800/2001 de Goiás, Lei nº 14.184/2002 de Minas Gerais, Lei nº 7.692/2002 de Mato Grosso, Lei nº 2.794/2003 do Amazonas, Lei Complementar nº 303/2005 do Rio Grande do Norte; Lei nº 5.427/2009 do Rio de Janeiro e Lei nº 12.209/2011 da Bahia. Para os governos municipais, exemplifico com a Lei Complementar nº 1.497/2003 de Ribeirão Preto/SP, a Lei nº 8.814/2004 de Uberlândia/MG e a Lei nº 14.141/2006 de São Paulo/SP.

<sup>5</sup> Na lição de Marçal Justen Filho (2002, p. 564): “Em princípio, caberá à lei instituidora da agência definir as regras pertinentes aos procedimentos a serem por ela seguidos. Isso se passará para produção tanto de regulamentos como de normas concretas e individuais. Na omissão da lei ou para sua complementação, deverão aplicar-se os princípios gerais de cunho processual e as regras determinadas pela Lei nº 9.784/99.”

<sup>6</sup> “Ao elaborar qualquer ato decisório, os servidores da agência reguladora interpretam princípios, leis, normas regulamentares e contratos, o que nos leva a afirmar que nessa gestão do conflito existe uma interpretação jurídica obrigatória. [...] Para iniciar um procedimento de mediação, a agência, se for federal, deve atender, além dos preceitos expressos em seu regimento interno, às determinações gerais da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999” (MENEZELLO, 2002, p. 168).

as leis gerais brasileiras de processo administrativo adotaram um tipo minimalista, com conteúdo relativamente pequeno. Com isso, procurou-se deixar bastante espaço para leis processuais setoriais – e mesmo para regulamentos setoriais. Ademais, confiou-se em que a produção jurisprudencial com status constitucional, a partir das muitas normas da Constituição de 1988 que trataram direta ou indiretamente de processo administrativo, a cargo sobretudo do Supremo Tribunal Federal – STF, seria capaz de desenvolver melhor a matéria do que uma ampla intervenção unificadora do legislador.

Evidencio, ainda, o papel de destaque dado pelo autor à produção jurisprudencial de *status* constitucional. Considerando o tratamento especial dado pela Constituição vigente ao processo administrativo, como mencionado acima, e a disciplina “minimalista” contida na LPA, é de se intuir que ao Supremo Tribunal Federal (STF) foi conferido um papel importante de preenchimento da normatividade nessa matéria, especialmente no que concerne às garantias processuais prescritas no art. 5º da Constituição. Acresço, por outro lado, que é característico da tradição administrativista brasileira a relevância das construções doutrinárias para compreender os institutos do direito administrativo e sua aplicação.

É nesse contexto que proponho o presente estudo comparativo. Partindo do pressuposto segundo o qual a LPA, assim como outras normas, permite divergências de interpretação e dá margem ao aplicador, promovi um confronto entre a jurisprudência do Supremo e a literatura, no que concerne aos aspectos constitucionais da disciplina do processo administrativo. A partir dos resultados obtidos com a análise dessa comparação, realizei um estudo das disposições normativas que regem os processos de algumas agências reguladoras, no intuito de compreender como foi preenchido o “espaço para leis processuais setoriais” deixado pela Lei nº 9.784.

Este artigo, para além desta introdução, está dividido da seguinte forma. No item 2, apresento de maneira sucinta os caminhos tomados na coleta dos dados utilizados. O terceiro item se dedica à contraposição das construções jurisprudencial e doutrinária, nos pontos mais pertinentes para a atividade regulatória, e a averiguação das regras aplicáveis às agências selecionadas. Por fim, proponho uma análise crítica no quarto item.

## 2 Breve nota sobre o método

O recorte comparativo adotado exigiu o método de investigação que contemplasse três fontes de dados: jurisprudência, bibliografia e normas regentes de processo administrativo de agências reguladoras.

No segundo semestre de 2012, realizei pesquisa empírica a respeito da aplicação da LPA pelo STF, desde a vigência deste diploma legal (1º de fevereiro de 1999)

até 1º de junho de 2013. A investigação teve por pergunta central “Como a Lei de Processo Administrativo é aplicada pelo Supremo?”. A partir do sítio eletrônico do Tribunal, em sua página de busca de jurisprudência, realizei filtragem dos acórdãos pelo indexador legislativo (LPA-1999). Além disso, usei os indexadores livres “proce\$ adj1 administrativo” e “ato adj1 administrativo”, tendo triado os resultados em que a Lei nº 9.784/1999 era citada na ementa ou indexação das decisões. Foram objeto de estudo, também, os precedentes das súmulas nºs 674 e 684, assim como as súmulas vinculantes 03, 05 e 21, todas do STF, selecionadas pela sua pertinência temática.

Ao final, foram incluídos no universo de pesquisa 205 acórdãos e 02 repercussões gerais. Por meio da tabulação dos casos e de acordo com critérios previamente estabelecidos, foi possível realizar um panorama quantitativo e qualitativo da jurisprudência da Corte.

Quanto ao estudo doutrinário, efetuei um levantamento de autores, selecionados por sua notoriedade e expertise no tema. Nessa busca, triei os posicionamentos que são corroborados, relativizados ou rechaçados pela jurisprudência do STF.

Agrupei os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários que dialogavam e destaquei alguns tópicos que ensejam maiores discussões no que concerne à promoção de processos administrativos punitivos na atividade regulatória, tópicos estes que serão desenvolvidos no item 03 a seguir.

Para confrontar as conclusões até aí obtidas com a realidade regulatória brasileira, busquei dispositivos legais que disciplinam o processo administrativo sancionador de sete agências: Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Propus aplicar as discussões travadas no STF e na doutrina ao quadro normativo dessas sete agências, considerando a lei de criação, o decreto regulamentar e o regimento interno de cada autarquia.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Foram utilizados os seguintes diplomas legais: para a ANA, Lei nº 9.984/2000, Decreto nº 3.692/2000 e Resolução nº 567/2009 da ANA; para a ANATEL, Lei nº 9.472/1997, Decreto nº 2.338/1997 e Resolução nº 612/2013 da ANATEL; para a ANEEL, Lei nº 9.427/1996, Decreto nº 2.335/1997 e Portaria nº 349/1997 do Ministério das Minas e Energia, com a redação alterada pela Resolução Normativa nº 503/2012 da ANEEL; para a ANP, Lei nº 9.478/1997, Decreto nº 2.455/1998 e Portaria nº 69/2011 da ANP; para a ANTAQ, Lei nº 10.233/2001, Decreto nº 4.122/2002 e Resolução nº 646/2006 da ANTAQ; para a ANTT, Lei nº 10.233/2001, Decreto nº 4.130/2002 e Resolução nº 3.000/2009, com a redação alterada pela Resolução nº 4.115/2013 da ANTT; para a ANVISA, Lei nº 9.782/1999, Decreto nº 3.029/1999 e Portaria nº 354/2006 da ANVISA.

### 3 A Lei nº 9.784/99 segundo o Supremo, a Academia e nas agências reguladoras

Antes de expor as posições doutrinária e jurisprudencial a respeito da interpretação da Lei nº 9.784 no que importa à função sancionadora da regulação, duas ressalvas se fazem necessárias. Em primeiro lugar, os casos aqui apresentados estão inseridos em um quadro de aplicação da LPA e não contemplam a totalidade de julgados que são relevantes para o tema do processo administrativo. Há ocasiões em que o Supremo disciplinou o processo administrativo sem recorrer à aplicação da Lei nº 9.784 e estas não foram objeto de análise para este artigo.

Em segundo lugar, em razão da pulverização de questões com as quais se depara o STF, são poucos os temas em que se pode dizer que há uma “jurisprudência” de fato, entendida como reiteradas decisões em um determinado sentido. Como se verá adiante, algumas posições da Corte são sustentadas por poucos julgados. Assim, mencionarei quando se tratar de uma linha jurisprudencial mais sedimentada.

#### 3.1 Necessidade de defesa técnica

A defesa em processo administrativo admite duas categorias, quais sejam, a autodefesa, exercida pelo próprio administrado parte no processo, e a defesa técnica, decorrente de exercício regular da função de advogado habilitado.

A Lei nº 9.784 é explícita no sentido da facultatividade da assistência do advogado, ressalvados os casos em que a representação é exigida por lei (art. 3º, inciso IV).

Em que pese o comando legal expresso, por muito tempo, houve debate a respeito da necessidade de participação de advogado em processo administrativo, em especial, na modalidade sancionadora. O Superior Tribunal de Justiça, após divergências em seus julgamentos, inclusive, editou a Súmula nº 343 no sentido da obrigatoriedade: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.”.

O Supremo, logo em seguida, aprovou a Súmula Vinculante nº 05 no sentido contrário: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”. Dentre os quatro precedentes que deram ensejo ao verbete sumular, consta o Recurso Extraordinário (RE) 434.059-3/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 07.05.2008), no qual a Corte consignou que, se devidamente garantido o direito à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados na defesa, há exercício da ampla defesa em sua plenitude, sendo desnecessária a participação de advogado.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> “Na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o direito de ampla defesa consiste na ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em

A professora Odete Medauar (2008, p. 126), em contraposição à Súmula Vinculante nº 05, entende a defesa técnica como desdobramento da ampla defesa, sendo necessária nos processos “cujos resultados repercutam com gravidade sobre direitos e atividades dos sujeitos”. A doutrinadora arrola os seguintes fundamentos que baseiam seu entender: “equilíbrio entre os sujeitos ou paridade de armas, vinculado à plenitude do contraditório; o conhecimento especializado do advogado auxilia a tomada de decisão parametrada pela legalidade e justiça; a presença do advogado evita que o sujeito se deixe nortear por emoções de momento, por vezes exacerbadas.”. Para os demais casos, Medauar leciona pela facultatividade de nomeação de advogado.

No mesmo sentido, Bockmann Moreira (2010, p. 330) leciona pela obrigatoriedade de advogado quando “a extrema complexidade da causa impeça o administrado de exercer sua ampla defesa” e “nos casos em que existe a imputação de algo ilícito ao particular”.<sup>9</sup>

Dentre as agências reguladoras cuja legislação se encontra em apreço, o debate a respeito da necessidade de advogado em processo sancionador abre margem para duas discussões. No âmbito da ANATEL, o seu regimento interno possui redação idêntica à LPA, constando entre os direitos dos administrados “fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação por força de lei” (art. 45, inciso V). Em que pese a conformidade do dispositivo com a Lei nº 9.784, ele não resolve a questão a respeito da obrigatoriedade de defesa técnica no processo sancionador. Considerando que o texto sumular do STF vincula também a Administração indireta (art. 103-A, Constituição Federal), parece que no atual cenário não se pode colocar como condição para a defesa a instituição de advogado.

No caso da ANTT, apesar de o seu regimento interno não dispor a respeito da obrigatoriedade de defesa técnica, estabelece uma prerrogativa de defesa que só poder ser exercida por advogado. O art. 10, §7º, admite a sustentação oral por advogado legalmente constituído pela parte interessada nas sessões da Diretoria da agência, quando se tratar de processo administrativo de caráter sancionatório. Considerando a Súmula Vinculante nº 05/STF e uma interpretação mais expansiva da ampla defesa e do direito de petição, há que se questionar se o administrado, embora não assistido por defensor habilitado, poderia requerer a manifestação oral na sessão de julgamento.

---

questão. Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. Por si só, a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo com habilitação não importa nulidade de processo administrativo disciplinar, como já decidiu este STF” (Voto do Min. Gilmar Mendes, fls. 743-744 dos autos).

<sup>9</sup> França (2001, p. 201) sustenta que, havendo possibilidade de imposição de sanção, é compatível com os princípios constitucionais a obrigatoriedade de defesa técnica, ainda que por meio de defensor dativo se o acusado não nomear advogado próprio.

Inserindo esse debate no contexto da regulação, é de se considerar que, em regra, as empresas que figuram em processo sancionador têm capacidade econômica e interesse em contratar advogado para realizar sua defesa. Pode ocorrer, de outro modo, que pessoa física também seja representada no processo, cenário em que a discussão sobre a obrigatoriedade de advogado se coloca mais pertinente.

Perfilho pela prevalência da posição do STF e pela facultatividade do advogado no processo administrativo, na medida em que a capacidade postulatória é requisito apenas para o regular processo judicial. Bem é verdade que do processo administrativo sancionador pode decorrer gravame ao administrado, inserido em controvérsia de alto cunho técnico, situação em que seria aconselhável a assistência por um procurador habilitado. Nada obstante, não se afasta a possibilidade de eventuais irregularidades e excessos do processo administrativo serem revistas em sede jurisdicional, quando a atuação do advogado se fará presente.

### 3.2 Duplo grau de jurisdição administrativa

Muito se escreve a respeito do princípio do duplo grau de jurisdição na esfera judicial. Sustenta-se que, embora não esteja expressamente previsto no texto constitucional, o princípio do duplo grau decorre da disciplina da estrutura do Poder Judiciário e do sistema recursal, assim como advém de uma interpretação da cláusula do devido processo legal, entre outros fundamentos.

Na Lei nº 9.784 não há previsão expressa que indique a obrigatoriedade de instância revisora administrativa. O art. 57 apenas estabelece que, havendo possibilidade de recurso, este tramitará no máximo por três instâncias administrativas. Importante também a redação do *caput* do art. 56, que prescreve que “das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito”. Ademais, o art. 2º, parágrafo único, inciso X, estabelece como garantia a interposição de recurso no processo que possa resultar sanção ao administrado. Há dúvidas se esses dispositivos contribuiriam para uma interpretação no sentido da existência do princípio do duplo grau de jurisdição administrativa.

Em julgado em que o Supremo aplicou a Lei nº 9.784, a Corte manifestou-se no sentido da inexistência do duplo grau de jurisdição na Administração. O Ministro Ricardo Lewandowski, com base em precedentes, afirmou: “Além disso, esta Corte possui entendimento sedimentado no sentido de que não existe na Constituição Federal de 1988 a garantia ao duplo grau de jurisdição na esfera administrativa”.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> RMS nº 26.212/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 03.05.2011, fl. 301 dos autos. O relator cita três precedentes a respeito da exigibilidade de caução para interposição de recurso administrativo. No RE nº 210.246/GO, Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, Plenário, j. 12.11.1997, o Min. Sepúlveda Pertence sustenta que: “parece-me claro que não há imperativo algum em dar-se sucessivas instâncias, na órbita administrativa, à defesa ou à tentativa de desconstituição de uma punição administrativa, cuja imposição a lei

Sérgio Ferraz e Adílson Dallari (2002, p. 168s.) sustentam, de outro modo, que “deflui cristalinamente dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República que o duplo grau constitui princípio constitucional e garantia fundamental tanto para o processo jurisdicional quanto para o administrativo”. Os administrativistas também extraem a obrigatoriedade de garantia do duplo grau na esfera administrativa por ser o Brasil signatário do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678/1992), o qual estatuiu o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (art. 8º, nº 2, alínea *h*). Para os autores, sendo aplicáveis as mesmas garantias do processo judicial ao processo administrativo, é consequência lógica a existência do duplo grau de jurisdição administrativa.<sup>11</sup>

No campo da regulação, o debate se mostra profundamente frutífero. A Lei Geral de Telecomunicações indica que, no âmbito da ANATEL, em regra, cabe recurso ao Conselho Diretor das decisões proferidas pelas instâncias inferiores da agência (art. 19, inciso XXV). Não obstante, alguns dispositivos do regimento interno da autarquia têm buscado mitigar a recorribilidade das decisões ou o seguimento dos recursos, ao dispor que o recurso não será conhecido quando contrariar entendimento fixado em súmula da ANATEL (art. 116, inciso V) e que são irrecorríveis alguns atos administrativos (arts. 82, §2º, e 119). Ademais, prescreve ser irrecorrível o ato que decide sobre a concessão de efeito suspensivo ao recurso (art. 122, §3º).

No caso da ANTT, por outro lado, os recursos à Diretoria da agência são admitidos, ainda que contra decisão que indefere “pedidos e requerimentos manifestamente inadmissíveis” (arts. 101, inciso V, e 102, inciso V, do regimento interno).<sup>12</sup>

A contraposição entre doutrina e jurisprudência aqui realizada demonstra duas óticas de construção de argumentos. O Supremo, por um lado, nega a existência de duplo grau com base em precedentes que afirmam não existir dispositivo expresso na Constituição que obrigue a Administração a instituir uma instância recursal em

fez preceder do exercício de defesa” (fl. 639 dos autos). No RE nº 384.144/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, o relator proferiu em decisão monocrática: “o depósito prévio, [...] como requisito de admissibilidade de recurso administrativo, não viola a Carta Magna, por não existir, nessa esfera, garantia ao duplo grau de jurisdição”; por fim, no AI nº 382.221 AgR/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, j. 24.09.2002, consta na ementa: “inexiste, na Carta Magna, a garantia ao duplo grau de jurisdição na via administrativa” (fl. 1877 dos autos).

<sup>11</sup> Está de acordo, no sentido da existência do duplo grau de jurisdição administrativa, Marcos Juruena Villela Souto (2002, p. 347s.), por ser uma decorrência do direito de petição e representar “um instrumento de controle administrativo pelo qual o interessado pode se insurgir formalmente contra atos da Administração, lesivos ou não a direito próprio, mas sempre objetivando a reforma de determinada conduta”.

<sup>12</sup> Para a ANTAQ, a competência recursal da Diretoria está prevista no regimento interno, art. 18, inciso XXVII, e das Superintendências, nos arts. 29, inciso IX, 37, inciso IX, e 42, inciso VIII. Para o caso da ANA, o decreto regulamentar prescreve o cabimento de recurso administrativo contra atos realizados durante a atividade fiscalizatória da agência (art. 19, §2º), e a competência recursal da Diretoria Colegiada da agência está prevista no art. 13, inciso XI, do seu regimento interno. Na ANVISA, o regulamento da agência (art. 11, inciso VIII e §2º) e o regimento interno (art. 11, §1º) estabelecem a competência da Diretoria Colegiada, como última instância administrativa, para julgar recurso dos atos praticados pelas unidades organizacionais da agência. No âmbito da ANP, essa competência está prescrita no art. 17 do regulamento e no art. 50 do regimento interno da autarquia.

seu quadro organizacional. Os autores selecionados buscam afirmar a existência do duplo grau em uma leitura extensiva das garantias contidas no art. 5º – já rechaçada pelo Supremo, como visto –, da integração do texto da Declaração Americana de Direitos Humanos e da equiparação de garantias do processo judicial ao processo administrativo.

Para essa questão, parecem-me questionáveis ambas as construções argumentativas. Por vezes, a Corte se apoia em precedentes e acaba incidindo em uma argumentação tautológica, da espécie “assim já foi decidido e é, porque é”. Não é tão óbvia essa leitura do texto constitucional quanto querem fazer parecer os ministros. Já a literatura se esforça em efetuar uma integração do texto do tratado que aparenta dispor exclusivamente sobre o processo judicial, pois no processo administrativo não se tem a figura do “juiz”, propriamente dita. Ademais, é duvidosa a afirmação de que todas as garantias do processo judicial incidem sobre o administrado em processo administrativo. Sabe-se que seus regimes são distintos.

No que concerne aos dispositivos regimentais da ANATEL destacados, estes parecem demonstrar um movimento de tentativa de redução do contingente de recursos a serem julgados. Não há, em verdade, uma mitigação do duplo grau de jurisdição administrativa. O que ocorre é uma tentativa de restringir as hipóteses de cabimento de recurso apenas contra decisões que culminam no fim do processo (não contra atos de mero expediente) e no caso de haver fundada argumentação pela necessidade de reversão da decisão. Essa resistência não parece existir do lado da ANTT, por exemplo.

### 3.3 *Reformatio in pejus*

Na seara do processo penal, não se admite a reforma da decisão em prejuízo do réu quando apenas este apresenta recurso. Em linhas gerais, essa é a definição do princípio do *non reformatio in pejus*, com fundamento no art. 617, do Código de Processo Penal. É objeto de debate se essa cláusula se aplicaria em analogia ao processo administrativo sancionatório.

O art. 64 da LPA autoriza a autoridade competente a anular ou revogar a decisão recorrida e o parágrafo único prescreve que, havendo possibilidade de ocorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule alegações antes da decisão do recurso. Na interpretação do dispositivo, o STF teve a oportunidade de confirmar que, no âmbito administrativo, não é vedada a reforma em prejuízo do recorrente, desde que ciente da possibilidade de piora de sua situação jurídica.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> “No âmbito do Direito Administrativo, a administração pública tem a prerrogativa de revisar os seus próprios atos, podendo anulá-los, revogá-los ou modificá-los por motivos de legalidade, conveniência e oportunidade, inclusive em relação aos processos administrativos, sendo que a única ressalva diz respeito à necessidade de

O processualista Cássio Scarpinella Bueno (2000, p. 212) também admite a *reformatio in pejus* na esfera administrativa, sob condição da oitiva prévia do processado, vez que não há qualquer necessidade de relação entre o objeto do recurso e a manifestação do órgão julgador. Assim, para o autor, não cabe falar em efeito devolutivo e princípio do dispositivo para o recurso administrativo. Marcos Juruena Villela Souto (2002, p. 348) também admite a reforma em prejuízo do recorrente, “em função de ser o Direito Administrativo pautado pelo princípio da legalidade.”

Há corrente doutrinária no sentido oposto. Egon Bockmann Moreira (2003, p. 337) é taxativo: “O órgão recursal não pode inovar a decisão, acrescentando a ela prejuízo ou agravo dantes inexistentes. A interposição de um recurso administrativo não autoriza que se acrescente novo gravame à decisão recorrida, causando ao recorrente um prejuízo até então inédito no processo.”. O autor atribui ao recurso administrativo o efeito devolutivo.<sup>14</sup>

Sérgio Ferraz e Adilson Dallari (2002, p. 155) lecionam ser irrelevante o texto legal, vez que a vedação à *reformatio in pejus* tem *status* constitucional. Os autores extraem da ampla defesa (art. 5º, inciso LV), da isonomia e da boa-fé a impossibilidade de gravame à posição da parte inexistindo recurso da Administração ou sem que seja garantido o contraditório na relação processual administrativa. Entendem, ainda, que o parágrafo único do art. 64 não se subsume ao conceito de *reformatio in pejus*, vez que a Administração atuaria na tutela da legalidade e da verdade material. Ressalvam, no entanto, que a notificação deve tornar claro em quais pontos pode vir a ocorrer o possível agravamento, sob pena de nulidade.

Novamente, é pertinente para o tema da *reformatio in pejus* o quadro normativo da ANATEL. De todos os diplomas legais analisados, o regimento interno da autarquia é o único que trata da possibilidade de reforma da decisão em prejuízo do administrado. A redação dos parágrafos 3º e 4º do art. 125 é muito semelhante à fórmula do art. 64 da LPA, acrescentando que o prazo para formulação de alegações é de 15 dias. Na possibilidade de piora da situação do administrado, é obrigatória a remessa dos autos à procuradoria da ANATEL para que se manifeste quanto à matéria jurídica, conforme prescreve o §1º do dispositivo, que, inclusive, faz remissão ao art. 64 da LPA.

Denota-se da discussão colocada que existem *nuances* quanto à possibilidade de reforma de decisão administrativa em prejuízo do administrado. O Supremo e o

comunicação prévia do gravame que pode ocasionar ao administrado a interposição do recurso administrativo, como corolário do princípio da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF). Essa conclusão está expressa na norma infraconstitucional que disciplina a espécie (art. 64, parágrafo único, da Lei 9.784/99)” (ARE nº 641.054 AgR/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 22.05.2012, fl. 5 do acórdão).

<sup>14</sup> “Na medida em que a peça recursal estabelece limites à cognição do órgão julgador, ele não pode ampliar ex officio a matéria a ser conhecida no recurso, incluindo parcela da decisão que não foi submetida à sua apreciação. [...] Logo, não é permitida a reforma ex officio da decisão que importe malefício ao recorrente. Se o gravame surgir sem a prévia e perfeita intimação, nula será a decisão na parte que incidiu em *reformatio in pejus*” (BOCKMANN MOREIRA, 2003, p. 337-338).

professor Scarpinella Bueno conferem interpretação ao artigo 64 que admite reforma em prejuízo do processado ainda que inexista recurso por parte da Administração. Os administrativistas Ferraz e Dallari, a seu turno, não admitem o gravame ao administrado quando apenas este recorre, e impõem requisitos de forma para o ato de notificação quanto à possibilidade de piora de sua situação jurídica. Não foi encontrado dispositivo semelhante na legislação aplicável às agências estudadas, com exceção da ANATEL, que pouco difere do regime da LPA, como visto.

### 3.4 Exercício da ampla defesa e seus excessos

Na interpretação e aplicação da cláusula da ampla defesa, tanto a doutrina quanto a jurisprudência indicam haver diversos desdobramentos do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. O dispositivo mostra-se um campo rico para a atividade integrativa. Entende-se que a LPA traz uma série de disposições nos arts. 2º e 3º que guiam o intérprete no entendimento da cláusula constitucional da ampla defesa.

O Supremo deu concretude ao princípio da ampla defesa e, na casuística, indicou as garantias que assistem aos administrados e os limites da atuação da defesa no processo administrativo. Apresento alguns dos posicionamentos de destaque:

- Cabe juntada de documentos pelo administrado até a prolação da decisão administrativa (MS nº 24.519-1/DF, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, j. 28.09.2005). Para os Ministros, por uma questão de hierarquia, não pode o regimento interno da autoridade processante (*in casu*, impugnava-se dispositivo do Regimento Interno do TCU) restringir a juntada de documentos pelo administrado à fase de instrução, pois a LPA institui a garantia de juntada de documento até a prolação da decisão (art. 3º, inciso III, LPPA);
- A negativa de produção de prova, quando a Administração entendê-la imperitante, e a decisão em sentido contrário à manifestação do administrado não ofendem o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório (RMS nº 26.212/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 03.05.2011; MS nº 27.699 AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 21.08.2012). Configura abuso do direito de defesa a requisição de produção de provas irrelevantes, cabendo à Administração, nesses casos, indeferir a sua produção. Do mesmo modo, sendo garantida a manifestação do administrado nos autos e sendo elas rebatidas pela autoridade, não há que se falar em restrição à defesa;
- A celeridade e a formalidade moderada que regem o processo administrativo permitem que a instrução seja abreviada, quando o próprio administrado não demonstra interesse na produção de provas, não implicando isso cerceamento de defesa (RMS nº 24.462/DF, Rel. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, 1ª Turma, j. 05.03.2013, fls. 8-9 do acórdão). Para chegar a essa conclusão,

o Min. Ayres Britto cita a obra de Bockmann Moreira (2010) aqui adotada, que leciona: “Se o interessado se abstém de propor e participar das provas, não poderá alegar vícios formais na sua produção e cerceamento de sua defesa.”. Invoca, também, o art. 22 da LPA, que prescreve a desnecessidade de forma específica para os atos do processo administrativo, salvo quando exigida em lei;

- A publicidade que rege os atos administrativos garante ao administrado o direito à extração de cópias dos autos do processo administrativo (RMS nº 27.967/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 14.02.2012). Assim, seria faculdade sua, atuando no seu interesse, a juntada de cópias de processo administrativo correlato (art. 3º, inciso II, LPA). Como afirma o Min. Luiz Fux:

Não inquina com nulidade o Processo Administrativo, ainda, o fato de não terem sido acostados ao mesmo os autos dos procedimentos instaurados perante a Comissão Administrativa de Defesa da Autuação e que resultaram no cancelamento das multas. Como os atos administrativos são, via de regra, dotados do atributo da publicidade, conforme exige o caput do art. 37 da Carta Magna e o art. 3º, II, da Lei nº 9.784/99, bastaria que o próprio servidor solicitasse cópias dos documentos que lhe interessassem e as anexasse à sua defesa no Processo Disciplinar. (fl. 12 do acórdão)

Na doutrina, esse debate se coloca de modo mais abstrato e ainda muito adstrito a princípios gerais. Odete Medauar (2008, p. 218) se propõe a arrolar algumas condutas que estariam garantidas pela ampla defesa, como solicitar a produção de provas, vê-las realizadas e consideradas. Pondera, entretanto, que “o reconhecimento do direito à prova não significa seu exercício abusivo, p. ex.: ouvida de 100 testemunhas, realização de provas irrelevantes ao objeto do processo, produção de provas tumultuárias.”. A literatura complementa essas construções teóricas com o preenchimento do conteúdo do princípio do contraditório.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Para Medauar (2008, p. 101s.), “o contraditório significa a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem. [...] A doutrina vem há algum tempo identificando o contraditório no binômio informação-reação, com a ressalva de que, embora a primeira seja absolutamente necessária sob pena de ilegitimidade do processo e nulidade de seus atos, a segunda é somente possível, pois o sujeito pode escolher entre reagir ou deixar de reagir.”. Em adição, França (2001, p. 197s.) ressalta a importância da Lei nº 9.784 na concretização de elementos que compõem o contraditório, arrolados no art. 2º: “Em vários pontos, a lei federal de processo administrativo (LFPA), concedeu mais densidade ao princípio do contraditório. No art. 2º, caput, da LFPA, estatui-se expressamente o princípio do contraditório como princípio da Administração, que já estava previsto no art. 5º, inciso LV, da Lei Maior. O princípio do contraditório determina à Administração o respeito ao direito do administrado à informação geral, que lhe confere a prerrogativa de examinar fatos que estão na formação do processo e demais dados, documentos e provas que surgirem em seu curso. O administrado tem o direito à ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha condição de interessado, bem como de acesso aos autos, à obtenção de cópias de documentos nele contidos e, ainda, às decisões proferidas.”.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 212s.) reforça o disposto no art. 39 da LPA, arguindo a possibilidade de recusa de produção de provas apenas mediante decisão fundamentada (pois a regra é a sua admissibilidade) no caso de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. No que concerne à juntada de cópias de autos correlatos, o autor atribui o dever de realizá-la à Administração. Não obstante, ante a deficiência na atuação administrativa, recomenda que o faça o próprio administrado, visando à tramitação com mais rapidez.<sup>16</sup>

A disciplina legal das agências reguladoras analisadas se restringe a enunciar a cláusula geral da ampla defesa em diversos dispositivos.<sup>17</sup> Para um estudo mais acurado sobre o entendimento das autarquias a respeito dos limites do exercício de defesa, seria necessária uma análise jurisprudencial, o que foge ao recorte metodológico aqui empregado.

Neste item, observo que ocorre maior disparidade entre as constatações do Tribunal e dos doutrinadores. A produção acadêmica administrativa poucas vezes se atém a casos concretos, o que dificulta a construção sobre os desdobramentos da ampla defesa. O STF, em contrapartida, é provocado para declarar se a conduta *sub judice* é ou não admitida pela ordem jurídica. Assim, as enunciações do Supremo trazem grande contribuição à literatura ao concretizar o mandamento constitucional da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

### 3.5 Responsabilidade de parecerista

As agências e outros órgãos da Administração incumbidos de funções regulatórias são assessorados por procuradorias e suas decisões são, muitas vezes, respaldadas por opiniões de advogados públicos. Questiona-se se o parecerista é corresponsável com o agente decisório quanto aos danos causados por uma decisão posteriormente declarada nula.

A esse respeito, a Lei nº 9.784 não traz dispositivo pertinente, apenas prescreve que o processo não seguirá até que o parecer obrigatório e vinculante seja acostado aos autos (art. 42, §1º). Caso não seja vinculante, ainda que obrigatório, pode-se decidir com sua dispensa (§2º). Observa-se, assim, que a LPA não disciplina

<sup>16</sup> “Ao interessado cabe verificar se o órgão administrativo está diligenciando no sentido da obtenção do documento e, se for constatada inércia, pode representar contra o abuso por omissão para a autoridade competente. A verdade é que, como os órgãos administrativos nem sempre funcionam a contento e com a desejável celeridade, o melhor é que o próprio interessado apresente o documento, se isto for possível, porque desse modo haverá mais significativa oportunidade de o processo tramitar com maior rapidez” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 211).

<sup>17</sup> Cf. para a ANATEL, arts. 111, §2º, 114, §2º, 144 e 175 da Lei nº 9.472/97 e arts. 36, parágrafo único, 81 e 102, *caput* e §1º, do regimento interno; para a ANEEL, arts. 17, §1º e 22, §2º, do Decreto 2.335/97 e art. 8º, §5º, do regimento interno; para a ANTT e ANTAQ, arts. 35, §3º, 39º, §3º, e 78-C da Lei nº 10.233/01; para a ANVISA, art. 31, parágrafo único, do Decreto nº 3.029/1999; para a ANP, art. 21, parágrafo único, do Decreto nº 2.455/1998.

a responsabilidade do parecerista quanto aos danos causados ao erário ou aos administrados interessados no processo.

O Supremo se manifestou no sentido da responsabilidade do parecerista quando sua opinião é de caráter obrigatório no processo em questão (MS nº 24.584/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 09.08.2007). Para tanto, parte da interpretação do art. 42 da Lei nº 9.784. Nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio:

Os servidores públicos submetem-se indistintamente, na proporção da responsabilidade de que são investidos, aos parâmetros próprios da Administração Pública. A imunidade profissional do corpo jurídico – artigo 133 da Constituição Federal – não pode ser confundida com indenidade. (fls. 372-373 dos autos).

O Min. Joaquim Barbosa, em voto-vista, faz uma análise mais criteriosa e distingue os pareceres em duas categorias: (i) facultativos e meramente opinativos, para os quais não há responsabilidade do parecerista, e (ii) vinculativos ao ato administrativo decisório por definição legal, ocasião em que há compartilhamento da responsabilidade. O Ministro ainda completa: “O que é relevante nessa classificação é que, no caso do parecer vinculante, há efetiva partilha do poder decisório” (fl. 380 dos autos).

A análise doutrinária apontou que poucos autores se manifestam sobre o tema. Para José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 226s.), a regra é a inexistência de responsabilidade pelos pareceres, por ausência da vinculação do ato decisório ao conteúdo do parecer. O autor elogia a redação da Lei nº 5.427/2009 do Estado do Rio de Janeiro, que prescreve que “A divergência de opiniões na atividade consultiva não acarretará a responsabilidade pessoal do agente, ressalvada a hipótese de erro grosseiro ou má-fé”. Para que haja responsabilização e punição ao agente opinativo, necessária a comprovação de sua má-fé ou do erro grosseiro.

O regimento interno da ANATEL também não é explícito no tema da responsabilidade do agente que emite o parecer no processo. O art. 3º estabelece as obrigações dos conselheiros da agência e prescreve, em seu §5º, que os votos devem ser motivados, admitindo-se a concordância com fundamentos trazidos em parecer, e “nesse caso, farão parte do voto”. Já o regimento interno da ANVISA determina ser vinculante para os órgãos da agência o parecer assinado pelo Procurador-Chefe da instituição e ratificado por sua Diretoria Colegiada (art. 22, §3º).

Da análise da jurisprudência e dos autores selecionados, pode-se dizer que para o tema da responsabilidade do parecerista não há um entendimento consolidado, sendo ainda um campo pouco explorado no âmbito da regulação. Os dispositivos destacados dos regimentos internos da ANATEL e da ANVISA indicam apenas maior grau de vinculação dos pareceres à agência, o que poderia ensejar discussões a respeito da responsabilidade de quem os exarou a partir da interpretação do julgado do STF apresentado.

### 3.6 Outras considerações

Há outros entendimentos extraídos da aplicação da Lei nº 9.784 que merecem espaço neste texto, para os quais, no entanto, não foi encontrado diálogo entre doutrina e jurisprudência. Julgo pertinente apontá-los brevemente, para que o leitor interessado no tema possa aproveitá-los e fazer uso dos dados coletados na pesquisa.

Houve divergência entre os ministros do STF quanto à admissibilidade de retroação de nova interpretação dada a uma norma de modo a prejudicar o administrado. O art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da LPA veda a “aplicação retroativa de nova interpretação”. A Corte teve a oportunidade de declarar a inadmissibilidade da retroação de interpretação em acórdão relatado pela Min. Cármen Lúcia, com acréscimo de fundamentação muito sucinta e calcada no texto da LPA por parte do Min. Luiz Fux (MS nº 28.105/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 27.09.2011).

Por outro lado, o STF já admitiu a retroatividade de interpretação de norma legal, ainda que em prejuízo do administrado, sob fundamento do poder de autotutela da Administração Pública (RMS nº 25.988/DF, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 09.03.2010) e das súmulas nºs 346 e 473 do Supremo (RMS nº 26.119/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 29.06.2010). No último caso, a Min. Cármen Lúcia lançou mão de lições de Elival da Silva Ramos, citando o seguinte trecho de sua obra:

o que está proibido é a aplicação dos novos padrões interpretativos a efeitos jurídicos passados de atos pretéritos, praticados em consonância com interpretação administrativa assente ao tempo de sua edição e que se revelem viciados à luz de inteligência superveniente do texto-base. Não nos parece, contudo obstada a invalidação em si desses atos, até porque, de outro modo, ficará coarctada a possibilidade de plena vigência dos novos padrões interpretativos legitimamente adotados pela Administração, com inaceitável ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e da isonomia. (RMS nº 26.119/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 29.06.2010, fl. 59 dos autos)

O regimento interno da ANATEL possui redação semelhante à da LPA em seu art. 37, inciso XI, vedando a aplicação retroativa de nova interpretação.

No que concerne à atribuição de efeitos ao recurso administrativo, o art. 61 da LPA prescreve que, em regra, o recurso administrativo não tem efeito suspensivo, cabendo à Administração atribuí-lo em casos excepcionais, de justo receio de prejuízo de difícil reparação. A Corte tem conferido estrito cumprimento à decisão administrativa que denega a concessão de efeito suspensivo. Em todos os casos estudados, o STF foi deferente e manteve a decisão administrativa que não atribuiu efeito suspensivo ao recurso (MS nº 24.163-2/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 13.08.2003; MS nº 24.484-4/DF, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, Plenário, j. 09.02.2006; RMS nº 25.104-6/DF, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, j. 21.02.2006; MS nº 25.299-5/DF,

Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, j. 14.06.2006; MS nº 25.186/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Plenário, j. 13.09.2006; MS nº 25.477-7/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 11.02.2008; MS nº 26.121-8/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, j. 06.03.2008; MS nº 24.449-6/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 06.03.2008; MS nº 24.487-9/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Plenário, j. 09.04.2008).

O regimento interno da ANATEL (art. 115, §§4º e 5º) confere à autoridade superior a decisão a respeito do efeito do recurso administrativo, sendo esta uma decisão irrecorrível (art. 122, §3º), como já apontado acima. Também no âmbito da ANEEL, o decreto regulamentar atribui à Diretoria da agência a competência de decisão sobre a concessão do efeito suspensivo ao recurso administrativo no processo de fiscalização (art. 16, §2º), enquanto última instância administrativa. Já na órbita da ANP, é competência da autoridade que proferiu a decisão atribuir ou não efeito suspensivo ao recurso interposto (art. 50, §1º, observados os critérios estabelecidos no art. 52, do regimento interno).

No caso da ANVISA, entretanto, a regra geral é que os recursos sejam dotados de efeito suspensivo, como prescrevem o art. 11, §2º do regulamento e o art. 11, §1º do regimento interno (redação idêntica). Não será atribuído o referido efeito quando se tratar de medida sanitária de natureza cautelar (art. 11, §2º, do regimento interno). Ressalto também que, quando da interposição de recurso contra as decisões em processo sancionador, deve ser suspensa apenas a exigibilidade da multa pecuniária, sendo imediatamente aplicáveis as sanções comportamentais (art. 11, §3º, do regimento interno).

Por fim, quanto à aplicabilidade dos princípios e garantias arrolados no art. 2º da Lei nº 9.784 a todas as esferas federativas, Juarez Freitas (2000, p. 96) defende que, considerando o caráter didático do dispositivo, este deve servir de base para interpretação das normas incidentes no processo administrativo promovido na União, nos Estados e nos Municípios. Mais que isso, a pesquisa empírica demonstrou que o art. 2º e o art. 64 têm a potencialidade de reger processos administrativos promovidos especialmente pela Administração estadual, ainda que no referido Estado haja lei de processo administrativo própria. Isso ocorre pelo caráter principiológico e didático dos dispositivos, inerentes à disciplina do Direito Administrativo como um todo.<sup>18</sup>

#### 4 Análise crítica

Por se tratar de um trabalho eminentemente comparativo, não proponho nesse momento conclusivo a exposição de uma opinião a respeito da posição que deve prevalecer, seja doutrinária, seja jurisprudencial. Recorro, de outro modo, a algumas

<sup>18</sup> Quanto à aplicabilidade da Lei nº 9.784 às demais esferas da Federação, recomendo leitura do trabalho que baseou o presente artigo, p. 100-107.

reflexões sobre o papel da jurisprudência e da doutrina na construção de um corpo de regras aplicáveis ao processo administrativo sancionador, sobre a existência de um diálogo entre ambas as fontes e sobre os achados oriundos da legislação aplicável às agências reguladoras estudadas.

Sendo o Supremo órgão de cúpula do Poder Judiciário, a interpretação por ele conferida à LPA ganha importância em diversos aspectos. A Corte tem exercido maior participação na aplicação da Lei nº 9.784 quando competente originariamente para julgar mandado de segurança ou como revisora das decisões do STJ. Aqui, exerce o controle da Administração não apenas à luz do texto constitucional, mas aplicando inclusive normas infraconstitucionais, como a LPA. Também tem se manifestado por meio do controle de constitucionalidade, principalmente na modalidade difusa, ocasião em que dá aplicação às garantias processuais constitucionais ao caso concreto. Assim, suas decisões criam precedentes que sinalizam ao administrado e à Administração o conteúdo normativo contido na Constituição e na Lei nº 9.784 de maneira detalhada e concreta.

Para alguns dispositivos específicos da LPA, ainda é escasso o número de julgados. Para esses, tentei apontar tendências da Corte. Já para dispositivos como os arts. 54, 2º e 61, pode-se traçar alguma linha jurisprudencial e, nesses casos, é natural que haja decisões divergentes, vez que o Tribunal se depara com situações fáticas diversas e que exigem interpretações distintas dos dispositivos legais. O que se pode exigir da Corte é uma argumentação coerente e explícita a respeito da mudança de seus posicionamentos e a razão de não ser aplicável tal ou qual precedente.

A Academia tem se posicionado majoritariamente no sentido de expandir as garantias processuais contidas no art. 5º da Constituição. Isso faz parte, em grande medida, de um contexto de aspirações democráticas e de resistência contra os abusos do Estado na disciplina e fiscalização das liberdades individuais, ocorridos em tempos ditatoriais. Observo, entretanto, que as construções doutrinárias trabalham primordialmente no plano abstrato das conceituações e pouco acrescentam em termos concretos à disciplina legal do processo administrativo. Por vezes, os autores contrariam o regime da LPA com fundamentos abrangentes, advindos da leitura expansiva das cláusulas abertas contidas nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição.

Muitos dos conceitos construídos pela literatura são utilizados pelo Supremo como pontos de partida para aplicação da Lei nº 9.784 no caso concreto. Aqui, verifiquei a existência de um diálogo, ainda que parcial, no sentido de que os ministros se propõem apenas a fazer uso da doutrina que é favorável ao seu entendimento e não questionam em seus votos a doutrina que lhe é contrária.

Não obstante, não verifiquei um diálogo no sentido inverso. Poucos são os autores que tratam do processo administrativo que dão atenção às decisões do STF, o que é um fenômeno curioso, pois se a literatura tanto se dedica à enunciação sobre

princípios constitucionais, qual o melhor foro para debater temas constitucionais senão o STF? Concorde-se ou não com a posição da Corte, ela se apresenta como terreno rico para debater temas de processo administrativo.

Por fim, da análise dos dispositivos normativos aplicáveis às sete agências reguladoras estudadas, extraio uma conclusão que dialoga com o que enuncia Carlos Ari Sundfeld, no trecho citado na introdução deste artigo. O autor afirma que a disciplina enxuta da Lei nº 9.784 abre margem para uma disciplina mais detalhada a ser efetivada pelas normas setoriais.

Nada obstante, como demonstrado, as leis criadoras das agências, seus regulamentos e seus regimentos internos, em regra, são omissos ou se restringem a repetir o texto da LPA, no que concerne aos pontos trabalhados no item 3 deste trabalho. São raras exceções em que a norma setorial complementa o texto constitucional e a Lei nº 9.784. A disciplina do processo no âmbito da ANATEL se mostrou mais completa para discussões nessa matéria, por trazer dispositivos mais detalhados. Tenho por hipótese que melhores conclusões poderiam ser extraídas se analisadas a jurisprudência administrativa dessas autarquias e outros atos normativos, observação que dá ensejo a um novo método dentro da presente linha de pesquisa.

---

**Regulation and sanctioning administrative procedure: Constitutional issues of Act 9784/1999 according to the Brazilian Supreme Court, the legal literature and the regulatory agencies' rules**

**Abstract:** The regulation of the administrative procedure achieved new dimensions with the Brazil's Federal Constitution of 1988 and the enactment of the Federal Administrative Procedure Statute (Act 9.784/1999). Meanwhile, it was structured the model of the regulatory state, in which the sectoral agencies make use of administrative procedures to pursue some of their institutional missions. This paper proposes a comparative study of Brazil's Supreme Court (STF) precedents and the literature, relating to the constitutional aspects of the administrative procedure, particularly those with sanctioning purpose. Furthermore, this work analyzes the rules applicable to the administrative procedures conducted by seven brazilian regulatory agencies (ANA, ANATEL, ANEEL, ANP, ANTAQ, ANTT and ANVISA). In conclusion, some reflections are presented on the role of both legal sources in the construction of the discipline of the administrative procedure, it is questioned the existence of a dialogue between the Supreme Court and the literature and some conclusions are drawn on the legal framework of the sanctioning procedures conducted by the seven agencies studied.

**Key words:** Act 9.784/1999. Brazil's Supreme Court. Legal literature. Regulatory agencies. Sanctioning procedure.

---

## Referências

BOCKMANN MOREIRA, Egon. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei n. 9.784/1999*. 4. ed. atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal*. Comentários à Lei n. 9.784 de 29/1/1999. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 212-215.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da Administração Pública federal. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Devido processo legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 187-226.

FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude o dever de motivação dos atos administrativos. SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo - Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 94-108.

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

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MENEZELLO, Maria d'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. Os recursos nas leis de processo administrativo federal e paulista: uma primeira aproximação. SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo - Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 187-226.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um debate sobre o problema de sua conceituação e classificação. In: VALDIVIA, D. Z.; ONETO, V. B. (Org.). *La ley de procedimiento administrativo general*. Lima: Palestra Editores, 2011. p. 189-210.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FREIRE, André Luís M. Regulação e processo administrativo sancionador: aspectos constitucionais da Lei nº 9.784/1999 na jurisprudência do STF, na literatura jurídica e na legislação aplicável às agências reguladoras. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 43-62, abr./jun. 2015.

---

Recebido em: 26.03.2015

Aprovado em: 21.05.2015