

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ALEXANDRE DE SOUZA LIMA

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS EM
MATÉRIA DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA**

Rio de Janeiro
2016

ALEXANDRE DE SOUZA LIMA

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS EM
MATÉRIA DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro como um dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Rio de Janeiro

Junho de 2016

Dedico este trabalho ao meu filho, Mateus Lima.

AGRADECIMENTOS

À Prof.^a Patrícia Sampaio pela valiosa orientação na condução deste trabalho; e

Aos servidores da Biblioteca setorial da ANP pela dedicação na busca de diversas obras consultadas ao longo do desenvolvimento desta monografia.

RESUMO

As agências reguladoras federais surgiram no Brasil como consequência da decisão política no início da década de 90 de revisão do papel social e econômico do Estado, a qual teve como foco a transferência à iniciativa privada de atividades indevidamente exploradas pelo setor público, cabendo ao Estado apenas o controle dos agentes econômicos. Para tanto, foram conferidas às agências reguladoras competências para regular e fiscalizar as atividades inerentes a cada setor regulado, fazendo surgir intensas indagações quanto ao fundamento do poder normativo dessas autarquias para edição de normas gerais e abstratas no âmbito da atuação de cada órgão. Porém, não são observados estudos dedicados exclusivamente ao poder normativo em matéria de sanção administrativa, muito embora seja um tema de grande relevância, tendo em vista as especificidades do direito administrativo sancionador, principalmente no que tange ao princípio da legalidade estrita, e a consideração geral de que tipificações de infrações e sanções administrativas devem obedecer ao mesmo rigor exigido no direito penal. Contudo, quando se considera a diversidade e complexidade técnicas das atividades afetas às agências reguladoras, é de se perguntar se as diversas leis conseguiram fazer a previsão de todas as infrações e sanções administrativas necessárias para dar efetividade às regras regulatórias. Assim, o presente trabalho tem como propósito um estudo sobre o poder normativo das agências reguladoras em matéria de sanção administrativa, tendo como ponto central a dúvida jurídica se aquelas autarquias possuem competência para previsão de infrações e sanções administrativas apenas em regulamento editado pelo próprio órgão. A análise do tema permitiu concluir que o princípio da legalidade deve ser observado, mas que nem sempre aquela legalidade se apresentará com a mesma densidade normativa daquela incidente no direito penal.

Palavras-chave: Agências. Regulação. Sanções. Administrativa. Legalidade.

ABSTRACT

The federal regulatory agencies were created in Brazil as a consequence of the political decision in the early 90's to review the social and economic role of the State and focuses on the transfer to the private sector activities unduly exploited by the public sector. Therefore, regulators have been granted powers to regulate and supervise the activities in each regulated sector, leading to intense questions regarding the basis of the normative power of these authorities to issue general and abstract technical standards. However, studies were not observed about legislative power in the field of administrative sanctions, which in fact is a very important issue, given the specificities of sanctioning administrative law, especially with regard to the principle of strict legality, and general consideration that specification of the administrative infractions and sanctions should follow the same rigor required in criminal law. However, when considering the diversity and complexity of the technical activities of the regulatory agencies, it should be questioned whether the various laws have succeeded in making the prediction of all administrative infractions and penalties necessary to give effect to regulatory rules. Thus, the present study's objective is on the regulatory power of agencies in the field of administrative sanctions, with is the central point the legal question whether those authorities have competence to establish administrative infractions and penalties only in regulation of the agency itself. The study concluded that the principle of legality must be observed, but sometimes that legality will not be present in the same way that incident in criminal law.

Keywords: Agencies. Regulation. Sanctions. Administrative. Legality.

SUMÁRIO

	Pág.
INTRODUÇÃO.....	01
1. O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	05
1.1. Aspectos gerais.....	05
1.2. Tese da deslegalização.....	06
1.3. O poder regulamentar do chefe do poder executivo.....	11
1.4. O poder com um caráter normativo essencialmente técnico.....	13
2. A SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....	17
2.1. Aspectos gerais.....	17
2.2. Conceito de sanção administrativa.....	18
2.3. Fundamento do poder administrativo sancionador.....	19
2.4. Finalidade da sanção administrativa.....	21
2.5. Sanção administrativa e medidas coercitivas diversas.....	22
2.6. Princípios relacionados à sanção administrativa.....	25
2.6.1. Aspectos gerais.....	25
2.6.2. Princípio do devido processo legal.....	26
2.6.3. Princípio da razoabilidade.....	28
2.6.4. Princípio da proporcionalidade.....	29
2.6.5. Princípio da legalidade.....	30
2.6.6. Princípio da tipicidade.....	34
2.7. Sujeitos da sanção administrativa.....	37
3. O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS EM MATÉRIA DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....	39
3.1. Aspectos gerais.....	39
3.2. O poder normativo das agências reguladoras e o instituto da sanção administrativa.....	40
3.3. As leis de criação das agências reguladoras e o poder normativo em matéria de sanção administrativa.....	47
3.4. A jurisprudência dos tribunais superiores e o poder normativo em matéria de sanção administrativa.....	61
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	74

INTRODUÇÃO

As agências reguladoras federais surgiram no Brasil em decorrência de uma decisão política no início da década de 90 de revisão do papel social e econômico do Estado.

De fato, com a edição da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, surgiram os primeiros instrumentos para permitir uma nova forma de atuação do Estado, ficando esse processo mais nítido com a publicação da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, a qual estabeleceu novas diretrizes para o papel do Estado, criando o chamado PND, Programa Nacional de Desestatização.

De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.491/1997, o PND teria como objetivos fundamentais a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; contribuir para a reestruturação econômica do setor público; permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País; permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; e contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais.

Assim, as diretrizes estabelecidas para uma nova atuação do Estado demandaram o estabelecimento de mecanismos de controle estatal sobre os agentes que passariam a prestar determinados serviços públicos, fazendo surgir, como consequência, os órgãos públicos que ficariam responsáveis por tais mecanismos de controle.

Esses órgãos receberam a denominação de agências reguladoras, as quais, como bem apontado por José dos Santos Carvalho Filho, já haviam sido “[...] inicialmente amparadas pelas insinuações inovadoras contidas nos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III, da Constituição, com redações introduzidas por Emendas Constitucionais, pelos quais era prevista a criação de “órgãos” para o controle dos setores elétrico e petrolífero, respectivamente.” (CARVALHO FILHO, 2015, p.63).

Com efeito, a partir do final da década de 90 várias agências reguladoras foram criadas com competência para regular e fiscalizar diferentes setores da economia.

Essa competência de regulação, razão de serem autarquias em regime especial¹, motivou o surgimento de intensos debates sobre o fundamento de tal competência, tendo em vista o poder atribuído às agências reguladoras para edição de normas gerais e abstratas que limitam direitos e estabelecem obrigações às pessoas abrangidas no âmbito da atuação do órgão.

Contudo, a despeito da grande discussão travada sobre a natureza jurídica desse poder, não são observados estudos dedicados exclusivamente ao poder normativo desses órgãos em matéria de sanção administrativa.

Na verdade, a falta de dedicação ao tema pode ser considerada ainda mais extensa quando observada sob a perspectiva do próprio direito administrativo sancionador, tendo em vista a notória escassez de trabalhos nessa área, podendo-se afirmar que a obra de Fábio Medina Osório pode ser considerada a pioneira e a grande referência no País.²

Certo é que o direito administrativo sancionador reúne características capazes de levar sua aproximação ao direito penal, mas, ao mesmo tempo, que lhe permitem ser considerado um ramo próprio dentro do sistema jurídico.

Essas características, somadas a outras presentes na competência normativa das agências reguladoras, tornam o estudo do poder normativo dessas autarquias em matéria de sanção administrativa ainda mais relevante, principalmente quando visto sob a perspectiva do princípio da legalidade.

Não é por acaso que Carlos Ari Sundfeld chega a afirmar que a existência, ou não, de reserva de lei em matéria de infrações e sanções administrativas é, possivelmente, a maior das discussões sobre regulamentos entre publicistas em

1 José dos Santos Carvalho Filho defende que a natureza jurídica de autarquia em regime especial vem justamente da competência para regulação, tendo em vista que as autarquias sempre foram concebidas para a execução de tarefas tipicamente de Estado. (CARVALHO FILHO, 2011, p.63).

2 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo: RT, 2000.

geral, dada a importância econômica da ação punitiva da Administração Pública na atualidade. (SUNDFELD, 2014, p. 258).

Assim, quando se pensa nas várias questões técnicas complexas que as agências reguladoras tomam em conta, é de se indagar se as diversas leis que tratam dessas entidades, ou das atividades reguladas correspondentes, conseguiram fazer a previsão de todas as infrações e sanções administrativas necessárias para dar efetividade às regras regulatórias. Acrescente-se, ainda, as inevitáveis atualizações das leis, tendo em vista a velocidade de inovações técnicas e surgimento de novos negócios.

Talvez as leis tenham conseguido estabelecer infrações e/ou sanções em amplitudes suficientes para permitir que qualquer infração administrativa possa ser associada a alguma sanção prevista em lei. Porém, isso traria outra discussão sobre a generalidade de tais previsões. Ou então, haveria em situações específicas comandos legais dando uma espécie de autorização para agência aplicar sanções previstas em regulamentos próprios.

Por outro lado, há a consideração geral no meio jurídico de que infrações ou sanções administrativas necessitam estar previstas em lei, sendo, ainda, defendido que deve haver obediência ao princípio da reserva legal estrita nos moldes do direito penal.

Trata-se, portanto, de uma discussão que foge do interesse meramente acadêmico. Na verdade, traz um aspecto prático e de grande relevância, pois envolve, de um lado, as atividades cotidianas do órgão regulador, e, por outro lado, a especificidade do ato sancionador no que se refere ao gravame imposto ao administrado.

Dessa forma, este trabalho teve com propósito um estudo sobre o poder normativo das agências reguladoras em matéria de sanção administrativa, tendo como ponto central a dúvida jurídica se essas autarquias possuem competência normativa para previsão de infrações e sanções administrativas apenas em regulamento editado pelo próprio órgão.

Para tanto, buscou-se analisar, em primeiro lugar, as diversas teorias sobre o poder normativo dessas entidades. Posteriormente, foram examinados os principais aspectos envolvidos no direito administrativo sancionador.

A partir daí, já tendo sido estabelecida a base de conhecimento sobre os pontos considerados fundamentais para o estudo, foi enfrentado o ponto central do problema, pelo cotejamento entre as teorias sobre o poder normativo das agências reguladoras e os principais princípios do direito administrativo sancionador, bem como pela análise de leis que dão competência normativa a esses órgãos, trazendo, ainda, decisões do Superior Tribunal de Justiça como suporte adicional em tais análises.

1 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

1.1 Aspectos gerais

O questionamento em relação ao poder normativo das agências reguladoras ainda desperta relevantes debates sobre o seu fundamento e limites, especialmente no que se refere à competência dessas autarquias para edição de normas abstratas, as quais estabelecem obrigações e limitam direitos.

De fato, é possível encontrar diferentes visões sobre o tema, algumas mais conservadoras, como é o caso de Maria Sylvia Zanella di Pietro, na medida em que afirma que as agências reguladoras não poderiam ter qualquer atuação na criação do Direito (DI PIETRO, 2002, p. 150).

De outro lado, há concepções mais conciliadoras, como parece ser o caso de Alexandre Santos de Aragão, tendo em vista que na visão desse autor o ordenamento jurídico permite o exercício de competência normativa das agências reguladoras em uma maior amplitude (ARAGÃO, 2004, p.236).

Veja-se, portanto, que o tema é rico em discussões e, considerando o propósito do presente trabalho, guarda grande relevância para análise das questões envolvendo o poder normativo das agências reguladoras em matéria de sanção administrativa.

Com efeito, é importante a análise das principais concepções acerca do fundamento do poder normativo das agências reguladoras, sendo possível observar que os diferentes entendimentos podem ser resumidos em três grandes pontos:

- a- A tese da deslegalização;
- b- O poder regulamentar exercido pelo chefe do poder executivo; e
- c- O poder com um caráter normativo essencialmente técnico, exercido por outros órgãos e entidades da Administração Pública.

Antes de analisar cada um dos três pontos citados, é importante frisar que, conforme apontado por Alexandre Santos de Aragão, a regulação efetuada pelas agências reguladoras pode ser dividida em três espécies: regulação da exploração privada de

bens e atividades monopolizadas; regulação de serviços públicos; e regulação das atividades privadas de interesse público. Porém, em todas essas espécies haveria, ainda que com graus diferenciados, a incidência do poder normativo para, no âmbito de suas respectivas atuações, a edição de normas gerais e abstratas (ARAGÃO, 2006, p.383-392).

1.2 A tese da deslegalização

A deslegalização, também chamada por alguns autores de delegificação, é, segundo Eduardo García de Enterría e Tomás Ramos Fernández, citados por Binénbjom (2006, p.278), uma operação efetuada por uma lei para, sem entrar no campo da regulação material, abrir um determinado tema para posterior regulamentação pela Administração. A lei de deslegalização limitar-se-ia à fragmentação formal da hierarquia de determinada matéria, de modo a permitir a modificação por simples regulamentos, com o único limite quanto às matérias de competência exclusiva do Poder Legislativo (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1995, apud BINENBJOM, 2006, p. 273).

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o qual esclarece que a deslegalização é oriunda do conceito desenvolvido na doutrina francesa da *délegation de matières*, adotado na jurisprudência do Conselho de Estado em dezembro de 1907, considera que a deslegalização não ofende a Constituição Federal, e é uma forma anômala de delegação legislativa, já que o titular de um determinado poder não teria dele disposição, mas tão somente o exercício, de modo que haveria a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-as para o domínio do regulamento. (MOREIRA NETO, 2003, p.122).

Nessa linha já escreveu Alexandre Santos de Aragão:

[...] não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede legislativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior por que não teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que, direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, ao critério da

Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social? (ARAGÃO, 2006, p.422-423).

Em uma descrição mais simples, seria considerar a deslegalização como a competência conferida às agências reguladoras para editar normas com a mesma densidade jurídica de uma lei ordinária, já que a própria Constituição Federal teria dado autorização para tal.

É o que entende Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na medida em que defende que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 48, que o Congresso Nacional poderia dispor de todas as matérias de competência da União, de modo que poderia, com efeito, legislar, não legislar e até deslegalizar (MOREIRA NETO, 2003, p. 122).

No mesmo sentido parece ser o entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, já que trata da questão como uma espécie de delegação dada pela Constituição com base no princípio da eficiência, muito embora não trate especificamente da questão da deslegalização.

Condicional à previsão legal (legalidade no sentido de legitimação), a correspondente delegação (direta ao órgão) não se confunde nem com as delegações de fiel cumprimento nem com a lei delegada. Trata-se, como visto, de uma forma de delegação com base no princípio da eficiência e por este introduzida no ordenamento constitucional. Afinal, no caso de atividade reguladora, sem ela ficaria vazio o princípio, tanto no sentido de sua eficácia quanto no sentido de controle constitucional. Ou seja, com base na eficiência, a delegação instrumental ganha contornos próprios que garantem à independência das agências reguladoras seu sucedâneo. (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 220).

Para Henrique Ribeiro Cardoso, os defensores dessa tese de deslegalização enxergam nos arts. 21, XI, 174 e 177, § 2º, III, da Constituição Federal (dispositivos que tratam da regulação em geral) uma atribuição originária de competência normativa, dentro da repartição de funções estabelecidas na Constituição Federal. (CARDOSO, 2006, p. 199).

Em uma visão mais conciliadora, José Maria Pinheiro Madeira afirma que a doutrina brasileira só admite as chamadas delegações legislativas se o legislativo coloca à disposição da Administração padrões adequados. Se a há abdicação de seu dever

de legislar, transferindo a outros a responsabilidade por alternativas políticas ou quais diretrizes a seguir, estar-se-ia diante de uma patente invalidade. (MADEIRA, 2000, p. 232 - 233).

Alguns autores, a exemplo de Sérgio Varella Bruna, argumentam que aqueles que negam a possibilidade de delegação estariam apegados, ainda, à visão tradicional do princípio da legalidade e da técnica de separação de poderes. Para esse autor, muito desse apego seria a concepção de que as leis teriam maior virtude em relação aos regulamentos, já que aquelas são produzidas por representantes democraticamente eleitos. (BRUNA, 2003, p.95).

Alexandre Santos de Aragão também faz ressalva quanto à visão clássica da separação de poderes e, conseqüentemente, a questão da legalidade envolvida na tese da deslegalização. Para autor, com citação de Nuno Piçarra (1989),

O Princípio da Separação de Poderes não pode levar à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá necessariamente apenas uma das três funções tradicionalmente consideradas. [...] não se pode inferir que todas as funções do Estado devam sempre se subsumir a uma destas espécies classificatórias. (PIÇARRA, 1989, *apud* ARAGÃO, 2006, p.372).

Nesse contexto, Eros Roberto Grau também discutiu a questão da delegação sob o ponto de vista da separação de poderes, admitindo a compatibilidade de regulamentos autorizados pelo sistema constitucional. Para o autor, é possível adotar um critério de classificação material da função de poder, delimitado pelo caráter das diversas modalidades de atos estatais, de modo que haveria as funções normativa, de produção de normas jurídicas ou textos normativos, a administrativa, de execução das normas jurídicas, e a jurisdicional, da aplicação de normas jurídicas (GRAU, 1996, p.175).

Há, contudo, críticos dessa tese de deslegalização. Para os que negam essa tese, a Constituição Federal já teria estabelecido, expressamente, as situações que podem ter delegação legislativa.

Nessa linha, argumenta Manoel Gonçalves Ferreira Filho que não há previsão constitucional permitindo que leis possam delegar competência material para expedição de regulamento autônomo para normatizar um determinado setor (FERREIRA FILHO, 2002, p.48).

Marçal Justen Filho também vai nessa linha, e afirma que a concepção da deslegalização não se afigura como aplicável ao Direito brasileiro, e que não há cabimento em produzir transferência de competência normativa reservada na Constituição aos Poderes Legislativo e Executivo. (JUSTEN FILHO, 2002, p.495).

Para Juarez Freitas (2004),

[...] os atos regulatórios devem ser infralegais, restando vedado ao administrador inovar como legislador. Assim, a resolução de uma agência reguladora pode inovar apenas como ato administrativo, porém, nos exatos termos da lei. [...] Não há, portanto, falar “deslegalização” no campo regulatório [...]. (FREITAS, 2004, p.18).

Gustavo Binenbojm chega a afirmar, após ressaltar que a tese em questão não tem guarida no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, que “[...] a deslegalização constituiria uma verdadeira *fraude* ao processo legislativo contemplado na Constituição, erigido pelo constituinte como garantia dos cidadãos”. (BINENBOJM, 2006, p. 278).

Vale, ainda, citar Celso Antônio Bandeira de Melo, o qual considera que:

[...] há delegação disfarçada e inconstitucional, efetuada fora do procedimento regular, toda vez que a lei remete ao Executivo a criação das regras que configuram o direito ou que geram a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade. Isto sucede quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição. Ocorre, mais evidente, quando a lei faculta ao regulamento determinar obrigações, deveres, limitações ou restrições que já não estejam previamente definidos ou estabelecidos na própria lei. Em suma: quando se faculta ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica. E inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada. (MELLO, 2008, p. 352).

De fato, alguns autores argumentam que as delegações legislativas são as previstas na Constituição Federal nos arts. 62, 68 e 84, IV. O primeiro artigo trata das medidas

provisórias, e o segundo das chamadas leis delegadas ao Chefe do Poder Executivo. Já o art. 84, IV, trata da possibilidade de o Presidente da República poder dispor, por meio de decretos, sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Além das possibilidades anteriormente indicadas, a doutrina também tem reconhecido nos arts. 103-B, § 4º, I, e 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal, outros casos de atribuição de competência para expedição de regulamentos autônomos³, tendo em vista que nesses dois dispositivos haveria indicação expressa de que tanto o Conselho Nacional de Justiça quanto o Conselho Nacional do Ministério Público poderiam, no âmbito das suas respectivas competências, expedir atos regulamentares, ou recomendar providências.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de analisar a questão do poder normativo do Conselho Nacional de Justiça quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6/Distrito Federal em face da Resolução CNJ nº 7/2005⁴. Na ocasião, ficou reconhecida a natureza jurídica de regulamento autônomo das resoluções do CNJ, tendo em vista que sua fundamentação viria direto da Constituição Federal.

Em síntese, no que se refere à tese de deslegalização, diante das diversas argumentações contra e a favor, parece ser mais acertado o entendimento de que tal tese não encontra sustentação constitucional que permita afirmar que o poder

3 Regulamentos autônomos – São atos que possuem natureza primária, sendo emanados diretamente da Constituição. Estão situados, dentro da hierarquia normativa, no mesmo patamar da lei. (CARVALHO FILHO, 2015, p.57-58).

4 A Resolução CNJ nº 7/2008 veda a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados. O STF entendeu, na análise da ADC nº 12-6/DF, que a Resolução em questão reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). Além disso, possui caráter normativo primário, dado que busca seu fundamento diretamente do § 4º do art. 103-B da Constituição Federal de 1988. <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=12&processo=12> – acesso em 21/10/2015.

normativo das agências reguladoras decorre de uma espécie de delegação dada pelo Poder legislativo, em que haveria a retirada de certas matérias do império da lei, passando-as ao domínio dos regulamentos administrativos.

Talvez um argumento que fortaleça ainda mais o entendimento de que não haveria tal deslegalização é o fato do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) ter revogado expressamente as delegações dadas ao Poder Executivo no que se refere às competências do Poder Legislativo.

De fato, pelo dispositivo em questão observa-se clara intenção do legislador originário em não permitir outras formas de delegação legislativa que não apenas as expressamente previstas na Constituição, como é possível perceber pela leitura do citado dispositivo:

Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

1.3 O poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo

Alguns autores defendem a tese de que as normas editadas pelas agências reguladoras possuem *status* de Poder Regulamentar, nos moldes do atribuído ao Chefe do Poder Executivo.

Assim, de acordo com esse entendimento, as agências reguladoras exerceriam um poder de regulamentação de leis, semelhante ao previsto no art. 84, IV, da Constituição Federal.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Um dos grandes defensores dessa tese é Gustavo Binembojm. Para esse autor, “[...] a competência normativa das entidades reguladoras exibe natureza regulamentar infralegal, semelhante àquela reconhecida ao chefe do Poder Executivo”. (BINENBOJM, 2006, p.280).

Leila Cuéllar, citada por Adriana Maurano, também vai nessa linha, e considera a função normativa das agências reguladoras dentro de uma concepção de que a competência regulamentar não seria exclusiva do chefe do Poder Executivo, mas inerente à própria atividade reguladora. (CUÉLLAR, 2001, *apud* MAURANO, 2006, 140).

Marçal Justen Filho também entende o poder normativo das agências reguladoras como sendo um poder regulamentar. Para esse autor,

[...] a criação das agências destina-se a propiciar o exercício, por um órgão autônomo e diferenciado, de competências de titularidade do Poder Executivo. Vale dizer, a ausência das agências conduziria a que suas atribuições fossem desempenhadas por outros órgãos integrantes do Executivo. Uma agência não pode fazer algo além ou diverso do que seria reconhecido ao Poder Executivo, em matéria de produção normativa. (JUSTEN FILHO, 2002, p.540).

José dos Santos Carvalho filho também demonstra entendimento no sentido de considerar o poder normativo das agências reguladoras como tendo *status* de poder regulamentar nos moldes do poder executivo.

[...] por autorização das respectivas leis, as agências reguladoras exercem *função regulamentadora*, tendo por escopo estabelecer, em caráter geral, abstrato e impessoal, disciplina técnica a respeito de certos setores econômicos ou relativos à prestação de serviços. [...] Tem, portanto, a mesma natureza dos decretos expedidos pelos Chefes do Executivo, quando também destinados ao exercício da função regulamentar. (CARVALHO FILHO, 2015, p.67).

O entendimento de considerar o poder normativo das agências reguladoras como sendo um poder regulamentar parece ser razoável quando observado do ponto de vista apenas de autorização dada pela própria lei, na medida em que demandaria uma espécie de regulamentação ou complementação para tratar os casos específicos. Porém, peca-se ao tentar equiparar com o poder de regulamentação

atribuído ao Chefe do Poder Executivo, o qual, como se sabe, tem previsão constitucional.

De fato, não se encontra na Constituição Federal dispositivo que permita a delegação de competência regulamentadora atribuída ao Chefe do Poder Executivo. Muito pelo contrário, o comando principal do art. 84 da CF trata as competências delineadas na Seção correspondente como sendo privativa do Chefe do Poder Executivo, bem como não indica a possibilidade de delegação de competência de regulamentação, como fez no Parágrafo único do artigo supracitado, para determinados casos.

Talvez seja possível considerar tal concepção de regulamentação não a colocando no mesmo *status* daquela de competência do Chefe do Poder Executivo, e sim considerando como sendo uma complementação da lei, e com um tratamento essencialmente técnico. Esse entendimento é o que será discutido no próximo tópico.

1.4 O poder com um caráter normativo essencialmente técnico, exercido por outros órgãos e entidades da Administração Pública

Em que pesem as discussões acerca da natureza do poder normativo das agências reguladoras, sendo, inclusive, negada sua constitucionalidade por alguns, o fato é que tais órgãos produzem normas gerais e abstratas, limitando direitos e impondo obrigações às pessoas submetidas às respectivas esferas de regulação.

Com efeito, há que se reconhecer e defender a capacidade normativa dessas entidades, principalmente quando se observa que as agências reguladoras atuam, via de regra, em áreas com demandas técnicas complexas, inviabilizando o tratamento detalhado de determinadas matérias por meio de leis.

Nessa linha segue Carlos Ari Sundfeld. Para esse autor, o qual defende o poder normativo das agências reguladoras, o padrão da sociedade atual exige mecanismos mais diretos para tratar das especificidades de cada setor e garantir a

efetividade da atuação do Estado, e que a função normativa é imposta pela necessidade à Administração (SUNDFELD, 2000, p. 27).

Nessa concepção, alguns defendem que às agências reguladoras foi dada apenas competência para edição de normas com conteúdo técnico com o objetivo de regular determinada atividade econômica. Contudo, essas normas não teriam o mesmo grau de abstração e generalidade quando comparado com os regulamentos de competência do Chefe do Poder Executivo.

Nesse sentido, vale citar Marcos Juruena Villela Souto, o qual considera o poder normativo das agências no sentido de uma competência estritamente técnica.

O legislador não tem, necessariamente, o conhecimento técnico nem a proximidade dos fatos ao editar a norma, que, por isso, deve se manter num plano de generalidade, para abrigar todas as situações; não é, assim, viável que adentre em detalhes; ademais, as normas sobre o funcionamento de mercados tendem a ser normas técnicas, econômicas e financeiras, que mudam com a evolução tecnológicas ou comercial; se a lei cuidasse de cada detalhe, estaria constantemente desatualizada e provocaria a frequente necessidade de movimentação do Poder Legislativo. (SOUTO, 2006, p. 49).

Para Lucas Rocha Furtado, a lei nem sempre possui a solução para o caso concreto, de modo que caberia ao órgão regulador, por meio dos conhecimentos técnicos correspondentes, adotar a solução mais adequada. (FURTADO, 2007, p.189).

Porém, mesmo sendo um poder normativo essencialmente técnico, obviamente as normas editadas pelas agências reguladoras necessitam estar lastreadas em leis, de modo que caberia a própria lei estabelecer os parâmetros gerais para delimitação daquele poder normativo.

Nesse ponto, surge um debate se o poder normativo das agências reguladoras pode ser enquadrado como de natureza regulatória ou regulamentar.

Sobre essa questão, Marcos Juruena Villela Souto considera que a regulação tem natureza técnica, e a regulamentação política. Esse entendimento se justificaria pelo

fato da regulamentação possuir legitimidade eleitoral para tanto, enquanto que a regulação se limitaria a implementação da decisão política, atendendo interesses coletivos (SOUTO, 2005, p.247).

Outro que também faz essa distinção é José Maria Pinheiro Madeira. O autor ressalta que a atividade regulatória no Brasil foi conferida, por lei, às agências reguladoras, enquanto que a regulamentação é por imperativo constitucional, privativa do Chefe do Poder Executivo (MADEIRA, 2004, p.265).

José dos Santos Carvalho Filho também entende que há distinção entre regulação e regulamentação. Porém, atribui um caráter distinto às agências reguladoras, considerando como tendo um caráter regulamentador e não regulador.

A regulação, na concepção desse autor, tem sentido mais amplo, a de disciplinar, normatizar. Já a regulamentação teria natureza de complementação, pressupondo, com efeito, a existência de norma de hierarquia superior suscetível de complementação, de modo que as agências reguladoras teriam recebido das respectivas leis delegações para edição de normas técnicas complementares de caráter geral (CARVALHO FILHO, 2015, p.66).

Em que pesem as divergências se o poder normativo das agências reguladoras possui caráter regulatório ou regulamentador, o fato é que se observa uma convergência no sentido de considerar que a essência é a atribuição para edição de normativos técnicos, específicos à área de atuação da agência.

Porém, não possuem esses normativos a mesma amplitude verificada no poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo, já que esse possui competência para expedição de decretos com abrangência geral para regulamentação de leis para seu fiel cumprimento. Já os normativos das agências reguladoras, embora também possuam certa abstração e generalidade, ficam restritos às questões técnicas específicas e nos exatos limites dispostos nas respectivas leis.

Ademais, há consenso de que o poder legislativo não teria condições de tratar por meio de lei questões técnicas dos setores de atuação das diferentes agências

reguladoras, tendo em vista as especificidades envolvidas e a velocidade de evolução nessas áreas, de modo que uma lei que adentrasse nos pormenores da área técnica criaria uma verdadeira camisa de força ao desenvolvimento do setor.

De fato, como assevera Marçal Justen Filho, “[...] o parlamento não dispõe de conhecimentos apropriados para lapidar a regulação normativa. [...] Em outras hipóteses, já se prevê a evolução do conhecimento, o que propiciaria a obsolescência de uma solução única, rigorosa e predeterminada.” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 527).

Por fim, com bem ressaltado por José dos Santos Carvalho Filho, a atribuição para instituir normatização técnica não é um fator de grande inovação, e também não se constitui, em si, um problema. A grande questão é o modo e a forma como os administradores públicos exercerão tal atribuição para edição de normas técnicas de caráter geral e abstrato relativas ao setor inserido na área de competência do respectivo órgão, de modo a se controlar se tais normas estão dentro dos padrões fixados pela lei (CARVALHO FILHO, 2015, p.68).

2 SANÇÃO ADMINISTRATIVA

2.1 Aspectos gerais

Estudar a sanção administrativa é, em última análise, analisar os diversos aspectos do direito administrativo sancionador e suas proximidades com o direito penal, tendo em vista que, ao impor uma sanção administrativa, o Estado estará limitando direitos e liberdades.

De fato, há várias características da sanção administrativa que se aproximam da sanção penal, de modo que se pode afirmar que o direito administrativo sancionador tem o direito criminal como referência em diversos pontos, como bem assevera Marçal Justen Filho:

As sanções administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao mesmo semelhante. Os princípios fundamentais de direito penal vêm aplicados no âmbito do direito administrativo repressivo (JUSTEN FILHO, 2012, p.571)

Essa linha também é defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual afirma que se reconhece a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Dessa forma, não haveria que se falar em distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. (MELLO, 2014, p.871).

Contudo, apesar das semelhanças observadas com os diferentes aspectos do direito penal, o direito administrativo sancionador possui regime jurídico próprio, sendo necessária fazer tal distinção para permitir a correta análise da sanção administrativa.

Além disso, é importante chamar atenção quanto à consideração que no âmbito da sanção administrativa há a presença das dimensões material e formal do direito administrativo, forçando, dessa forma, a necessidade de se considerar tais dimensões quando do estudo desse tema. (OSÓRIO, 2015, p.86 - 94).

Com efeito, há um campo vasto de regras e princípios que precisam ser considerados para compreensão do instituto da sanção administrativa, demandado, para um melhor desenvolvimento do estudo, uma análise segmentada dos diversos pontos envolvidos com o tema. Ressalta-se, porém, que as análises desenvolvidas no presente capítulo contemplarão os aspectos considerados pertinentes ao trabalho, não tendo nenhuma pretensão de esgotar o assunto, o que demandaria um estudo dedicado apenas a esse tema.

Importa frisar que, como a sanção administrativa está estritamente ligada a uma infração administrativa, o exame aqui realizado em diversos momentos contemplará esses dois institutos jurídicos conjuntamente.

Adicionalmente, como será possível observar no presente capítulo, o direito administrativo sancionador comporta as vertentes de sanção administrativa e disciplinar. Porém, o foco nesse trabalho será a sanção administrativa na relação Administração Pública e particulares, muitas vezes denominados aqui por administrados.

2.2 Conceito de sanção administrativa

Conforme defendido por Fábio Medina Osório, a sanção administrativa consiste em um mal ou castigo, com alcance geral, imposto pela autoridade pública, pelo Judiciário ou por corporações de direito público a um administrado, jurisdicionado, agente público, sendo pessoa física ou jurídica, como consequência de uma conduta ilegal, no âmbito de aplicação formal e material do direito administrativo (OSÓRIO, 2015, p. 106 -107).

Egon Bochmann Moreira, por sua vez, considera sanção administrativa como punição aplicada por autoridades administrativas, vinculada ao desrespeito a preceitos normativos de ordem administrativa, estabelecendo um castigo àquele que violou a norma. (MOREIRA, 2007, p.110).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria administração. (MELLO, 2014, p.872).

Assim, pode-se conceituar sanção administrativa como a punição aplicada pela Administração Pública àquele quando há violação de uma norma administrativa. A sanção pode ter caráter interno ou externo, sendo que a primeira diz respeito à aplicada ao agente público que descumpriu uma regra funcional, normalmente denominada de sanção administrativa disciplinar. A segunda é aquela imposta ao administrado.

2.3 Fundamento do poder administrativo sancionador

Cuida o presente tópico da discussão sobre a fundamentação do poder administrativo sancionador no direito brasileiro, sendo certo que os princípios constitucionais, tendo em vista as sutilezas de cada ramo do direito, se apresentam de maneira diversa em cada caso.

Pode-se dizer que a fundamentação do poder administrativo sancionador está no próprio poder-dever punitivo do Estado, conforme ressaltado por Miguel Reale Júnior:

O Estado soberano caracteriza-se pela imposição de suas decisões em prol da sociedade em geral, e esse poder de decidir afirmar-se e consolida-se no dizer e aplicar do direito, mesmo porque o Estado existe na medida em que dita o Direito e se opõe como pessoa jurídica. (REALE JÚNIOR, 2002, p.14).

Para o autor, há uma sucumbência à anarquia se não houver uma centralização da produção e imposição de normas sancionadoras, e, portanto, a sanção deve ser exercida para manter a paz social.

Com efeito, pode-se concluir que um dos fundamentos do poder administrativo sancionador está no poder de polícia, embora com esse não se confunda, já que a sanção pode ser uma consequência para violações constatadas durante o exercício desse poder, podendo gerar medidas urgentes coercitivas para restabelecer a

ordem social, ou então o desenvolvimento de um processo administrativo para se apurar a infração e verificar, ao final, o cabimento da sanção administrativa.

Ressalta-se que, embora possa haver vinculação entre o poder de polícia e o poder sancionador, ambos possuem objetos distintos. O primeiro é para limitação de um direito, bem ou atividade. Já o segundo, é para prevenir e reprimir condutas que desafiam a norma administrativa.

Ademais, tem-se que a Administração Pública necessita dar cumprimento às normas estabelecidas pelo legislador, de modo que, com a violação de alguma regra pelo administrado, há então o surgimento da pretensão punitiva pela Administração, em uma dinâmica lógica da manifestação do poder administrativo sancionador.

Nesse cenário, é de se reconhecer então o poder administrativo sancionador como uma forma de garantir a eficácia das normas administrativas.

É bom lembrar, inclusive, dispositivo específico na Constituição Federal para tratar da proteção ao meio ambiente, com a respectiva indicação da possibilidade de sanções administrativas.

De fato, estabelece o art. 225, § 3º, que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores sanções penais e administrativas, sendo reconhecido, portanto, na Carta Magna o poder da Administração Pública para aplicar sanções administrativas, bem como enfatiza que há diferença em relação à sanção penal.

Vale citar Gustavo Benenbojm, na medida em que considera a sanção administrativa como sendo uma das searas em que o grau de impregnação constitucional é dos mais intensos, tendo em vista que ao sancionar os particulares, a Administração Pública lhes impõe gravame que afeta de forma severa a sua esfera de direito fundamentais. (BENENBOJM, 2006, p.621 - 622).

Adicionalmente, como bem apontado por Fábio Medina Osório,

[...] é inevitável a existência de poderes sancionadores nas mãos das Administrações Públicas, seja pelas consequências práticas desastrosas que ocorreriam com um absurdo congestionamento do Poder Judiciário, seja porque tais funções sancionatórias realmente são necessárias na dinâmica administrativa. (OSÓRIO, 2015, p.93).

Em síntese, é possível afirmar que o poder sancionador da Administração Pública possui assento constitucional, em homenagem ao interesse público e a correspondente relação entre o Estado e as pessoas, cabendo ao legislador fixar as condutas consideradas infrações administrativas, e a sanção pelo cometimento de tais infrações.

2.4 Finalidade da sanção administrativa

Muito se discute sobre a finalidade da sanção administrativa, não havendo ainda um consenso sobre tal tema, mas que demanda análise específica, tendo em vista a necessidade de, como nas palavras de Fábio Medina Osório, “[...] delimitar o campo de alcance desse elemento, o qual, por sua ambiguidade e potencialidades inesgotáveis, permite zonas de penumbra e incertezas quase insuportáveis. (OSÓRIO, 2015, p.103-104).

Talvez a única uniformidade que é possível observar é que não se trata de finalidade ressarcitória, já que a reparação não impede a aplicação da sanção administrativa, sendo, portanto, institutos jurídicos distintos.

Uns apontam a finalidade disciplinar. Porém, como asseverado por Fábio Medina Osório, embora não seja incompatível com a sanção administrativa, é mais correto afirmar que a sanção disciplinar é uma espécie de sanção administrativa, possuindo objetivos e características específicas, e que, na realidade é uma das manifestações do poder administrativo sancionador. (OSÓRIO, 2015, p.104-105).

Para outros, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello, a sanção administrativa tem a finalidade intimidatória:

[...] o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. (MELLO, 2014, p.873).

Para Ives Gandra da Silva Martins, embora tratando do caso especial relacionado à multa tributária, a sanção tem a finalidade de desestimular a infração, tendo em vista o reflexo financeiro do gravame imposto. (MARTINS, 1998, p.56).

Há ainda outros que consideram que a sanção administrativa tem as finalidades de repressão e prevenção, a exemplo de Ángeles de Palma Del Teso e Démétré Papanicolaïdis, citados por Fernanda Pessôa Cerveira, na medida em que na etapa da tipificação exerceria a função de prevenção, e na aplicação, a função de repressão (DEL TESO, 1996 e PAPANICOLAÏDIS, 1960, *apud* CERVEIRA, 2005, p. 41).

Egon Bockmann Moreira, por sua vez, entende que a sanção administrativa tem finalidade preventiva e, em segundo plano, retributiva, já que ao mesmo tempo em que é instituída para coibir a prática de condutas ilícitas, traz imputação de um sofrimento específico ao agente que cometeu o ilícito (EGON, 2007, p.112).

Veja-se, portanto, que há várias concepções sobre a finalidade da sanção administrativa. Talvez o mais sensato seja considerar que o instituto jurídico em questão não se encerra de forma uniforme, da mesma maneira que ocorre no caso das sanções criminais, as quais não são idênticas em todos os casos, havendo dependência de políticas legislativas, judiciárias ou executivas (OSÓRIO, 2015, p. 105).

2.5 Sanção administrativa e medidas coercitivas diversas

Alguns atos administrativos podem, por possuírem determinado grau de coercibilidade, ser confundidos com sanções administrativas, sendo, portanto, pertinente fazer a diferenciação para melhor estudo do instituto da sanção.

A doutrina elenca como atos suscetíveis de confusão as medidas de polícia. Porém, é possível verificar que as chamadas medidas rescisórias, de ressarcimento ao erário, coativas e preventivas e de responsabilidade também podem levar a concepção equivocada do que seria sanção administrativa, tornando-se útil, portanto, incluir tais atos em uma análise de diferenciação.

Sobre as medidas de polícia, há consenso que tais atos e a sanção administrativa são institutos jurídicos distintos, sendo que o primeiro é a faculdade administrativa posta à disposição da Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade e do próprio estado. (OSÓRIO, 2015, p.107).

Como aponta Hely Lopes Meirelles, há várias atividades sujeitas ao poder de polícia, tais como o uso das águas, a exploração de recursos naturais, atividades relacionadas à segurança e saúde, a indústria de alimentos ou medicamentos. (MEIRELLES, 1997, p.115).

Ressalta-se que no âmbito das atividades sujeitas ao poder de polícia, há a possibilidade de descumprimento de alguma norma administrativa. Porém, ainda que desse descumprimento possa levar a uma futura sanção administrativa, muitas das medidas tomadas têm como finalidade o exato cumprimento das normas legais para manutenção da ordem pública, como, para citar alguns exemplos, a interdição de locais e apreensão de mercadorias.

Ademais, é possível verificar que as medidas de polícia podem possuir um viés mais preventivo, perseguindo o bem comum, a consecução da boa ordem no uso dos bens e serviços públicos. Já a sanção administrativa possui uma característica de maior estabilidade, dando solução a problemas que se revestiam de natureza litigiosa (OSÓRIO, 2015, p.109-111).

Além das medidas de polícia, há as comumente denominadas de coativas e preventivas. As primeiras podem ser utilizadas pela Administração Pública para efetivação de normas legais, enquanto que as segundas são adotadas para evitar a violação de normas legais.

Dessa forma, são medidas que, muito embora interfiram na liberdade dos indivíduos, diferem da sanção administrativa, a qual é uma resposta do Estado a uma violação de uma norma jurídica.

Outra medida que também pode ser equivocadamente tida como sanção administrativa é a rescisória. Aqui há a rescisão de atos ou contratos administrativos, havendo um rompimento da relação jurídica entre o particular e Administração Pública.

Sobre tal questão, Fábio Medina Osório frisa que a rescisão deve ocorrer quando o fato gerador for uma ilegalidade. Além disso, em se tratando de contratos ou concessões, há espaço para um sancionamento específico pelo não cumprimento de alguma obrigação contratual e não em função de uma pretensão punitiva do Estado, não se falando, nesse caso, da presença de determinados princípios do direito administrativo sancionador.

Contudo, a legalidade e tipicidade devem estar presentes, embora atenuadas, no âmbito dos contratos administrativos, de modo que as medidas rescisórias necessitam seguir tais exigências. (OSÓRIO, 2015, p.112).

O que se chama atenção, porém, são medidas tomadas com alcance geral e eficácia no futuro, como, por exemplo, a declaração de inidoneidade do particular para fins de participação em licitações no âmbito da Administração Pública. Nesse caso, tem-se como uma verdadeira sanção administrativa, ainda que se tenha origem no contrato administrativo, tendo vista o gravame futuro imposto ao administrado, privando-o de certos direitos.

Por fim, vale também mencionar aqueles atos desenvolvidos pela Administração Pública para fins de ressarcimento ao erário e responsabilização do gestor público, os quais também não se confundem com sanção administrativa.

No ressarcimento ao erário não há um efeito aflitivo ou disciplinar, mas sim a reparação de dano, possuindo princípios próprios ligados ao direito civil. Já nas medidas para responsabilização da gestão, embora sejam atos que levam a efeitos

aflictivos, também não são sanções administrativas, derivam muitas vezes de obrigações de cunho estatutário, conforme o regime jurídico aplicado aos gestores. (OSÓRIO, 2015, p.117-120).

2.6 Princípios relacionados à sanção administrativa

2.6.1 Aspectos gerais

De acordo com J.J. Gomes Canotilho, princípios são normas de natureza estruturante, com papel fundamental no ordenamento jurídico devido a sua posição hierárquica no sistema de fontes, podendo ser considerados como padrões jurídicos.

Além disso, teriam os princípios grau de abstração maior do que as regras jurídicas, sendo vagos e indeterminados, necessitando de mediações concretizadoras para permitir a aplicação em casos concretos. (CANOTILHO, 1997, p.114).

Para Mauricio Godinho Delgado, o “princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade” (DELGADO, 2011, p.180).

Já Humberto Ávila, autor que fez grande trabalho sobre o tema, considera princípios com normas finalísticas que exibem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização (ÁVILA, 2004, p.72).

Veja-se, portanto, que ao mesmo tempo em que o princípio aparece com um aspecto de norma jurídica, também agrega uma ideia de valores, de hierarquia, de maior peso em um processo argumentativo. Dessa forma, não se tem uma definição exata sobre princípios, e que “[...] é possível acatar mais de uma teoria para explicar esse terreno tão geral quanto delicado, que é o campo das normas, valores e postulados” (OSÓRIO, 2015, p.163).

Ademais, há ainda a discussão sobre as distinções entre regras e princípios, e que, nas palavras de J.J. Gomes Canotilho, a persistência nesse tema decorre muito por não se saber a função dos princípios, e se há um ponto em comum entre esses e as regras, ou se há diferenças qualitativas (CANOTILHO, 1997, p.1145).

Além disso, há que se apontar que existem princípios que se apresentam em diferentes áreas do direito, como o princípio da legalidade, havendo a incidência de vários deles no direito administrativo, inclusive no âmbito do direito administrativo sancionador.

Dessa forma, importa agora analisar alguns princípios que estão mais associados à sanção administrativa, tendo em vista a pertinência do assunto quando do futuro exame sobre a questão do poder normativo das agências em matéria de sanção administrativa.

2.6.2 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal está previsto no art. 5º, incisos LIV, da Constituição Federal, e constitui um dos mais importantes no ordenamento jurídico.

Traduz, em última análise, que o Estado também deve se submeter às leis que ele mesmo cria, e que, nas palavras de Nagib Slaibi Filho, “[...] é um natural desenvolvimento da sociedade que não mais se conforma com a atuação estatal sem controle cerceadora do desenvolvimento do indivíduo.” (SLAIBI FILHO, 1989, p.213).

Observa-se que é um princípio que possui forte ligação com os princípios da ampla defesa e do contraditório, podendo ser afirmado que esses princípios são garantias para o devido processo legal. (CINTRA, GRINOVER E DINARMARCO, 2010, p.89).

De fato, como expresso no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, aos litigantes em processo administrativo são assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Veja-se, portanto, que um gravame imposto pela Administração Pública, seja uma sanção aplicada a um administrado ou uma sanção disciplinar a um agente público, necessita observar um processo prévio, oportunidade para o acusado tentar convencer à Administração que a sanção não é devida.

Ressalta-se, porém, que há atos que necessitam se realizados pela Administração Pública, e que, por força da urgência, ficam desobrigados da observação do processo preliminar (MELLO, 2014, p.882).

São os casos, por exemplo, de apreensão de produtos com prazo de validade expirado ou interdição de estabelecimentos, atos esses que visam evitar um mal maior à população ou então restabelecer a legalidade.

Para Fábio Medina Osório, uma das mais importantes consequências do devido processo legal é a possibilidade de desenvolvimento dos direitos fundamentais ligados à existência dessa cláusula constitucional, devendo ser visto em duas vertentes: formal e substancial.

No que tange aos aspectos formais, aduz o autor que o devido processo legal traduz uma espécie de processualização das atividades do Poder Público. Além disso, exige que todos os procedimentos ou processos, administrativos ou judiciais, devem respeitar os seguintes passos: notificação ou citação do imputado para que esse tome ciência da imputação; garantia dos direitos de defesa, com abertura de possibilidade de o imputado manifestar-se, por escrito ou oralmente, a respeito do caso; resolução motivada por parte da autoridade competente; existência de um órgão para prolação de uma decisão imparcial.

Já no âmbito da dimensão substancial, o devido processo legal representa um ideário de justiça, igualdade e proteção a interesses individuais legítimos, e a necessidade de se seguir um procedimento ou processo justo quando a ação pública tenha por objeto os bens da vida, da liberdade ou da propriedade (OSÓRIO, 2015, p.179-191).

Por fim, é possível observar que no âmbito do devido processo legal ligado ao direito administrativo sancionador há forte incidência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Inclusive, tais princípios estão intensamente presentes no próprio direito administrativo, de modo que é relevante para o escopo do presente trabalho trazê-los para discussão, principalmente realizando um cotejamento com o devido processo legal.

2.6.3 Princípio da razoabilidade

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o princípio da razoabilidade pode ser entendido como a exigência de que o ato da Administração Pública seja adequado, compatível e proporcional, e deve atender a finalidade pública específica para qual foi emanado. (MOREIRA NETO, 1989, p.37).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, com o princípio da razoabilidade, a Administração, ao exercer o seu poder discricionário, deverá obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em compasso com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

Dessa forma, ressalta o citado autor, não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimos, os atos desarrazoados, incoerentes ou praticados com a inobservância das situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência e sensatez. (MELLO, 2014, p.111).

Nesse contexto, o princípio da razoabilidade se apresenta como um vetor de grande importância no âmbito do direito administrativo sancionador, tendo em vista o efeito aflitivo da sanção administrativa, e existência de dispositivos legais muito abertos, as quais permitem larga margem de aplicação pela Administração Pública.

Como bem assevera José Roberto Pimenta Oliveira,

O regime jurídico-sancionatório, por força do princípio constitucional da razoabilidade, está atrelado ao dever de ostentar, entre as infrações e sanções administrativas, como inarredável condição de validade da norma

que as estatui e do ato administrativo que as aplica, o necessário coeficiente de adequação, necessidade e proporcionalidade, sindicável pelo Poder Judiciário, ao nível do controle de constitucionalidade ou legalidade de produção jurídica. (OLIVEIRA, 2006, p.473).

Para Fábio Medina Osório, toda a atividade estatal sancionadora deve primar pela razoabilidade das leis, dos atos jurisdicionais e dos administrativos, e que tal razoabilidade está intimamente conectada ao devido processo legal. O autor, ao afirmar que há uma estrita associação entre os princípios da razoabilidade e o devido processo legal, argumenta que na realidade o primeiro decorre da adoção do segundo na ordem constitucional.

Com efeito, haveria a possibilidade de se sustentar o caráter expresso do princípio da razoabilidade, e o direito ao devido processo legal traduz a razoabilidade. (OSÓRIO, 2015, p.191-194).

Em síntese, pode-se entender o princípio da razoabilidade no âmbito da sanção administrativa como a exigência de atos não contraditórios, proporcionais e adequados na relação finalidade/meio empregado, com normas jurídicas sancionadoras exigindo o estritamente necessário para alcançar o resultado desejado.

2.6.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade traduz, em linhas gerais, que a Administração Pública deve observar a relação entre os meios e a finalidade do ato administrativo, de modo a não utilizar os caminhos mais gravosos do que os necessários para alcance do objetivo do ato.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio em questão informa que as competências legislativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja demandado para se atingir a finalidade do interesse público. (MELLO, 2014, p.113).

É um princípio de grande aplicação no âmbito da sanção administrativa, tendo em vista a natureza aflagante desse instituto, demandando cautela na intensidade e extensão do ato emanado pela Administração Pública, sendo consenso que uma medida manifestamente desproporcional caracteriza abuso de poder, implicando na ilegalidade do ato administrativo.

Exemplo simples que se pode oferecer é no caso da aplicação de multas, em que a lei estabelece os valores mínimos e máximos. Nesse caso, deve-se observar a proporcionalidade entre a natureza e gravidade da infração administrativa e a sanção aplicada, devendo, portanto, fazer a adequação entre meios e fins, não podendo, conforme previsto no art. 2º, VI, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, impor obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Para Fábio Medina Osório, o princípio da proporcionalidade possui importância ímpar no âmbito da atividade estatal sancionadora, devendo, inclusive, ser designado como postulado normativo aplicativo.

Para o autor, normas que tipificam e sancionam categorias de atos ilícitos administrativos relevam que o postulado da proporcionalidade é de fundamental relevância, seja na adequação típica das condutas às descrições das normas, seja na atenuação dos rigores sancionatórios abstratos. (OSÓRIO, 2015, p.197-198).

Pode-se então resumir que pelo princípio ou postulado da proporcionalidade, a medida administrativa a ser adotada deve guardar harmonia entre os meios empregados e os fins perseguidos. Essa proporcionalidade deve ser observada tanto na própria previsão legal da medida quanto na aplicação do ato sancionatório.

2.6.5 Princípio da legalidade

Pretende-se neste tópico analisar a questão da legalidade sob a perspectiva do direito administrativo, mais especificadamente sob o ponto de vista da sanção administrativa.

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal, o qual dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Ressalta-se que no art. 37 da Carta Cidadã há expressa indicação de que a Administração Pública, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá, dentre outros princípios, o da legalidade.

Assim, embora se possa pensar em considerar apenas a legalidade prevista no dispositivo constitucional dedicado especialmente à Administração Pública, talvez o mais correto seja fazer uma junção das duas correntes, tendo em vista que aquele primeiro traz no que se pode chamar de um dever genérico de observar a lei, enquanto o segundo reforça tal obrigatoriedade por parte da Administração Pública.

Tanto que é comumente citado por diversos autores que a Administração Pública só pode fazer ou deixar de fazer aquilo que está previsto em lei.

Contudo, em se tratando de um tema relacionado ao direito administrativo sancionador, é pertinente, tendo em vista a proximidade com o direito penal em diversos aspectos, trazer também para esta análise a questão da legalidade dita estrita, conforme previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

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

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Esse princípio da legalidade estrita, normalmente enunciado como *nullum crimen nulla poena sine lege*, proíbe a retroatividade da lei penal, salvo se for para beneficiar o réu, o emprego de analogias para criar crimes, bem como para proibir tipificações criminais vagas e indeterminadas. (GRECO, 2011, p.96).

Assim, em uma visão mais simples, pode-se dizer que, no âmbito do direito administrativo sancionador, o princípio da legalidade estrita exige, da mesma forma como no direito penal, que tanto as infrações quanto as sanções administrativas correspondentes precisam estar definidas em lei.

Como bem ressaltado por José dos Santos Carvalho Filho, as sanções, com a indicação das condutas que possam constituir infrações administrativas, somente podem ser instituídas por lei, e que os atos administrativos são apenas mecanismos para execução da norma legal sancionatória, não podendo, por si próprios, dar origem a sanções. (CARVALHO FILHO, 2015, p.93).

Importante observar que a legalidade que permeia o direito administrativo sancionador apresenta alguns pontos distintos do direito penal, sendo facilmente perceptível que a legalidade daquele primeiro é mais flexível, ao contrário do direito penal, o qual traz uma carga de rigidez bem maior, já que trata da proteção de bens jurídicos mais relevantes, conforme a política criminal do Estado.

Exemplos claros dessa flexibilidade do direito administrativo sancionador é a inexistência de reserva de lei federal, ao contrário do direito criminal, o qual tem sua competência legislativa concentrada na União Federal, e o fato de que infrações administrativas e sanções correlatas possam ser previstas por meio de medidas provisórias, ao contrário do direito penal, em que há expressa proibição constitucional, conforme art. 62, inciso I, alínea b, da Constituição Federal. (OSÓRIO, 2015, p.225-226).

Outro ponto que merece ser observado quando se analisa a diferença da rigidez entre a sanção penal e administrativa é a abertura como as infrações administrativas são apresentadas, as quais são encerradas em tipos legais bem mais elásticos quando comparados com o direito penal.

Fábio Medina Osório traz uma explicação para essa característica, afirmando que as normas do direito administrativo sancionador sempre foram manejadas historicamente no âmbito do poder de polícia da Administração Pública, remetendo muito mais à discricionariedade, tendo em vista a rapidez de alteração dos bens

jurídicos que necessitam ser tutelados pela norma administrativa, demandando, dessa forma, maior elasticidade do direito administrativo sancionador (OSÓRIO, 2015, p.227).

Com efeito, é possível observar a grande incidência de conceitos jurídicos indeterminados⁵ no âmbito da sanção administrativa, fornecendo maior liberdade à Administração Pública.

Ademais, verifica-se também a incidência de tipos sancionadores administrativos que fazem o uso da chamada norma em branco, figura também presente no direito penal. Com essa figura, o julgador fica muitas vezes obrigado a observar normas infralegais para caracterizar determinada infração administrativa e a correspondente sanção.

Nesse contexto, Fábio Medina Osório assevera que o legislador, tanto no direito penal quanto no administrativo sancionador, guardadas as devidas proporções, deve respeitar do princípio da tipicidade, formal e material, de modo a não delegar, de forma completa ou total, competência tipificante à autoridade administrativa, sob pena de esvaziar o princípio da legalidade. (OSÓRIO, 2015, p.228).

Contudo, é importante também mencionar outro ponto de vista quanto à possibilidade de as infrações e sanções administrativas correspondentes poderem também estar previstas em regulamentos administrativos. É o que ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello quando discute, por exemplo, a chamada “supremacia especial”.

Para o autor, nesse caso a Administração extrai seus poderes não diretamente da lei, mas de uma relação jurídica específica com o particular, como, por exemplo, de uma concessão de telecomunicações ou do ato de admissão de alguém a biblioteca

5 Para José dos Santos Carvalho Filho, conceitos jurídicos indeterminados “são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. É o que sucede com expressões do tipo: ordem pública, bons costumes, interesse público, segurança nacional e outras do gênero.” (CARVALHO FILHO, 2015, p.56).

pública. Assim, com base neles é que o próprio órgão administrativo, respeitados os condicionamentos dantes expostos, configurará infrações e correlatas sanções.

Em mesmo sentido, seria quando houvesse uma exigência essencialmente técnica, de modo que a previsão da infração administrativa e a correspondente sanção não violariam o princípio da legalidade. Nesse caso, da lei se extrairia a necessidade de elaboração de normas inteiramente dependentes de conclusões firmadas sobre averiguação ou operacionalização técnica, ficando a cargo da Administração Pública.

Tal fenômeno ocorreria, na visão do autor, naquelas situações em que são impossíveis, impraticáveis ou desarrazoado fazer previsões na lei com grande nível de precisão, tendo em vista a velocidade das mudanças ocorridas com o desenvolvimento científico e tecnológico, as quais, associadas às condições objetivas existentes em determinado momento, impõem exigências administrativas diversas para dar conta do escopo da lei sem prejudicar outros interesses também protegidos pela norma (MELLO, 2014, p.875-876).

2.6.6 Princípio da tipicidade

O princípio da tipicidade no direito administrativo sancionador pode ser entendido como a necessidade de que infrações e sanções administrativas devem estar estabelecidas em lei de forma detalhada para permitir previsibilidade de conduta por parte dos administrados.

Segundo Fábio Medina Osório, o princípio em questão não está expressamente previsto na Constituição Federal, mas pode ser extraído da Carta Magna, tendo em vista a referência substancial do conjunto de direitos fundamentais, bem como, ainda que genericamente, do princípio da legalidade previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal.

Além disso, a garantia de que as sanções estejam previamente tipificadas em normas sancionadoras integra o devido processo legal da atividade sancionadora do

Estado previsto no art. 5º, LIV, da Carga Magna, e que sem tipificação haveria violação da segurança jurídica das pessoas. (OSÓRIO, 2015, p.231-232).

Para Gustavo Binenbojm “[...] a lei, tomada em sentido estrito, deve não apenas conter a previsão do tipo e da sanção aplicável, como descrevê-los com clareza e completude” (BINENBOJM, 2006, p. 645).

Em outras palavras, é pela tipicidade que os administrados poderão orientar suas ações, o que somente se torna viável se houver a especificação dos núcleos de comportamento considerados ilícitos e sua correlação com as respectivas infrações administrativas. (MOREIRA NETO e GARCIA, 2012, p.17).

Certo é que a tipificação no direito administrativo sancionador não guarda o mesmo grau de detalhamento exigido no direito penal, tendo em vista que nesse as sanções podem atingir a liberdade do indivíduo. Nesse sentido, o tipo administrativo sancionador deve encerrar, a despeito da maior abertura da norma, todos os aspectos necessários para caracterização da conduta e a sanção correspondente. Essa exigência é defendida por Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara quando enfatizam que a norma sancionadora deve ser completa.

Para a aplicação de sanções no âmbito da regulação administrativa, é preciso haver norma não só prévia, mas também completa. Norma completa é aquela que cumpre o dever de especificação, isto é, que seja capaz de antecipar, em abstrato, para os sujeitos envolvidos (regulados, usuários, interessados e reguladores), tanto a qualificação jurídica dos fatos futuros quanto o conteúdo dos atos administrativos possíveis. Em suma, a regulamentação prévia tem de atender aos requisitos de abrangência, profundidade e consistência. (SUNDFELD e CÂMARA, 2010, p.34).

Acrescenta-se, ainda, que mesmo que a lei não contenha, de forma detalhada, cada uma das sanções aplicáveis, exige-se o estabelecimento de limites razoáveis e proporcionais, condicionadores da atuação do aplicador da sanção (MOREIRA NETO e GARCIA, 2012, p.19).

Contudo, é de se reconhecer que em certas situações há a necessidade previsões legais com suficientes aberturas para permitir maior movimentação por parte da Administração Pública.

Para Fábio Medina Osório, também é permitido que haja, diante da necessidade de proteção valores de grande relevância, a outorga à Administração de espaços amplos na tipicidade, sendo crucial, a depender da situação, atuar com maior liberdade na prestação de serviços ou na restrição de direitos, inclusive com competências coercitivas. (OSÓRIO, 2015, p.240-241).

Contudo, há que se chamar a atenção de que a possibilidade de amplos espaços para movimentação da Administração, com previsões legais com alto grau de generalidade ou com o excessivo uso de conceitos jurídicos indeterminados, não pode significar um verdadeiro arbítrio para a Administração Pública no âmbito do direito administrativo sancionador.

Como adverte Fábio Medina Osório,

[...] o tipo sancionador deve conter grau mínimo de certeza e previsibilidade acerca da conduta reprovada, o que exige do intérprete uma movimentação racional pautada por critérios de razoabilidade e proporcionalidade na definição do conteúdo proibitivo da norma jurídica. Tampouco cabe uma deslegalização completa em matéria sancionadora, de modo que a lei possa abrir espaço para uma atuação administrativa inferior arbitrária, ilimitada e descontrolada, sem o necessário *status* para restringir liberdades individuais.

[...]

Não é possível uma lei **sancionadora delegar, em sua totalidade, a função tipificatória à autoridade administrativa**, pois isso equivaleria a uma insuportável deterioração da normatividade legal sancionadora, violentando-se a garantia da legalidade. (OSÓRIO, 2015, p.241-242, grifo nosso).

Em síntese, no que se refere à possibilidade de maior abertura da tipicidade no direito administrativo sancionador, em determinadas situações forçoso é reconhecer a necessidade de tal abertura para permitir maior movimentação da Administração Pública, inclusive quanto à incidência das normas em branco, as quais também estão presentes no direito penal, e que no caso da sanção administrativa podem assumir flexibilidade bem maior.

No entanto, há que se observar que a tipicidade também deve ser sempre vista do sob a perspectiva da segurança jurídica, de modo que previsões normativas no

campo da sanção administrativa, ainda que se permita maior flexibilidade, deve possuir previsibilidade suficiente em relação às condutas dos administrados.

Por fim, como alerta Fábio Medina Osório, “[...] as sanções devem estar suficientemente fixadas nas leis e **somente em casos excepcionais e justificados, à luz de critérios razoáveis, é que se admitiria algum tipo de colaboração administrativa.**” (OSÓRIO, 2015, p.277, grifo nosso).

2.7 Sujeitos da sanção administrativa

Há dois sujeitos envolvidos na sanção administrativa, sendo um dito ativo, e outro passivo.

O sujeito ativo é aquele que possui competência para aplicar a sanção administrativa, o que leva então a concluir que se trata da Administração Pública.

Há, contudo, entendimentos de que tal competência não estaria presente apenas na concepção da Administração Pública como sendo o Poder Executivo, mas também, para citar exemplos, no Poder Judiciário e também nas chamadas corporações de direito público. É o que entende Fábio Medina Osório, para quem a presença inevitável de sanções administrativas no âmbito do Poder Executivo não é imprescindível à caracterização da sanção administrativa, visto que nada indica sua contraposição a sanções judiciais em termos conceituais.

Para o autor, as sanções não são funções administrativas e, portanto, não se incluem na esfera privativa do Poder Executivo, a exemplo que ocorre nas sanções administrativas aplicadas por autoridades judiciais no âmbito da tutela dos direitos da infância e juventude.

De qualquer forma, em que pesem concepções outras sobre a competência para aplicação da sanção administrativa, considera-se importante para o presente trabalho tratar o tema sob a perspectiva apenas da Administração Pública. Em outras palavras, considerar apenas a sanção como consequência do

descumprimento de norma de direito administrativo, fixando, portanto, a competência da Administração Pública.

Nesse ponto vale ressaltar o conceito de Administração Pública, o qual, como ressaltado por José dos Santos Carvalho Filho, traduz mais de um sentido e que, para uma melhor conceituação, demanda uma divisão entre os sentidos objetivos e subjetivos.

Assim, teria o sentido objetivo o de administrar, zelar, gerir. Já o subjetivo, significaria o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas, sendo que no primeiro sentido a expressão é normalmente grafada com as iniciais minúsculas, e no segundo com as iniciais maiúsculas. (CARVALHO FILHO, 2015, p.11-12).

Veja-se, portanto, que o sujeito ativo na sanção administrativa inclui os órgãos, as pessoas jurídicas e os agentes públicos incumbidos de exercer a função administrativa, motivo pelo qual se grafa neste trabalho como Administração Pública.

Em relação ao sujeito passivo, de acordo com Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramon Fernández, é o indivíduo sujeito de direitos e deveres frente à Administração que violou uma norma administrativa. (ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1990, p.748).

Porém, vale registrar que não só a pessoa natural está sujeita à sanção administrativa, mas também a pessoa jurídica. Inclusive, há no texto constitucional previsão expressa quanto à sanção administrativa à pessoa jurídica nas atividades lesivas ao meio ambiente.⁶

⁶ A previsão em questão está contida no art. 225, § 3º, da Constituição Federal, que diz que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

3 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS EM MATÉRIA DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA

3.1 Aspectos gerais

Com a criação das primeiras agências reguladoras federais no Brasil, surgiram intensos debates sobre o poder normativo desses órgãos. Tais debates foram motivados pela característica peculiar dessas autarquias no que tange ao poder para edição de normas gerais e abstratas, fenômeno esse não verificado nas autarquias ditas tradicionais.

De fato, como se viu no primeiro capítulo desta obra, muitos autores dedicados ao tema tentaram explicar o poder atribuído às agências reguladoras, sendo possível observar diferentes entendimentos sobre tal poder.

Assim, há defensores da tese de que a essas entidades foram atribuídos poderes normativos amplos para atuação dentro das áreas para as quais foram criadas. Por outro lado, há outros que negam completamente tal poder, advogando pelo reconhecimento da ocorrência de afronta à legalidade.

A despeito das diversas concepções sobre o poder normativo das agências reguladoras, não se observa discussões dedicadas à análise do tema em matéria de sanção administrativa. Talvez a ausência de análises jurídicas especialmente nesse tema seja justamente pela consideração de que sanções, por constituírem gravame à pessoa, devem estar previstas em lei.

Contudo, em que pesem os entendimentos no sentido de que infrações e sanções administrativas devem estar previstas em lei e não apenas em regulamento, é possível observar que, a depender da consideração da natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras, haveria espaço para sustentar a flexibilidade daquela exigência.

Dessa forma, faz necessário que a análise do poder normativo das agências reguladoras em matéria de sanção administrativa seja feita tendo como base as

teorias que tentam explicar o fundamento do poder daqueles órgãos, cotejando com os principais princípios relacionados ao instituto da sanção administrativa.

Além disso, considera-se importante também examinar as leis criadoras das principais agências reguladoras federais, uma vez que se permitirá observar se há algum padrão em tais leis no sentido de eventuais autorizações para que os próprios órgãos possam, por meio de regulamento próprio, estabelecer a tipificação de infrações e sanções administrativas.

Por fim, serão também analisadas decisões judiciais que porventura envolvam o tema, notadamente no âmbito dos tribunais superiores, no intuito de verificar se há jurisprudência dominante sobre o alcance do poder normativo das agências reguladoras no âmbito da sanção administrativa.

3.2 O poder normativo das agências reguladoras e o instituto da sanção administrativa

Tratar do poder das agências reguladoras para estabelecer, por meio de regulamento próprio, infrações e sanções administrativas é, em última análise, verificar as diversas concepções sobre o poder normativo dessas autarquias, e confrontá-las com os princípios do poder administrativo sancionador.

Isso é assim, pois há autores que defendem ampla liberdade no âmbito da edição de normas técnicas por parte das agências, enquanto que outros se apegam fortemente à questão da legalidade estrita.

Nesse contexto, aqueles que advogam pela teoria da deslegalização estariam, de certa forma, reconhecendo que o poder normativo da agência reguladora alcança a competência para inovar no estabelecimento de infrações e sanções administrativas.

É o que entende Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto, tendo em vista que o primeiro autor considera que o Congresso Nacional pode dispor de todas as matérias de competência da União, podendo, com efeito, legislar, não legislar e até deslegalizar, enquanto que o segundo defende que essa

delegação, traduzida pela deslegalização, não seria aquela proibida pelo art. 2º da Constituição Federal⁷. (MOREIRA NETO, 2003, p. 122; SOUTO, 2005, p.51).

Alguns defensores dessa teoria enxergam, como bem ressaltado por Henrique Ribeiro Cardoso, que a Constituição Federal, por meio dos arts. 174, 121, XI e 177, § 2º, III, teria dado uma atribuição originária de competência normativa, dentro da repartição de funções estabelecidas na Constituição, nos moldes do disposto nos arts. 62 e 68 da Carta Magna. (CARDOSO, 2006, p. 199).

Outros, ainda, argumentam, a exemplo de Sérgio Varella Bruna, que existe uma visão tradicional quanto ao princípio da legalidade e da técnica de separação de poderes, de modo a incluir uma concepção de que as leis teriam maior virtude em relação aos regulamentos, tendo em vista que são produzidas por representantes do povo democraticamente eleitos. Isso faz com muitos neguem a possibilidade de delegação. (BRUNA, 2003, p.95).

Ora, é de perceber que aqueles que defendem que o poder normativo das agências reguladoras tem como fundamento uma espécie de delegação legislativa, estariam indicando a possibilidade de que esses órgãos podem editar normas com a tipificação de sanções administrativas e o estabelecimento das sanções correspondentes.

Em outras palavras, haveria no âmbito dessa teoria a possibilidade de que as agências reguladoras possam dispor livremente daquelas matérias técnicas afetas as suas respectivas áreas de atuação, incluindo, as infrações e penalidades administrativas.

Porém, há muitos que negam a possibilidade de delegação nos moldes como aqueles que defendem a tese da deslegalização, e, conseqüentemente, a possibilidade de o estabelecimento de sanções em regulamentos próprios.

⁷ O art. 2º da Constituição Federal diz que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Em síntese, aqueles negam a tese da deslegalização enfatizam que não há previsão constitucional permitindo que leis possam delegar competência material para expedição de regulamento autônomo para normatizar um determinado setor ou que tal instituto jurídico não se afigura aplicável no direito brasileiro, não sendo cabível a transferência de competência normativa reservada ao Poder Legislativo (FERREIRA FILHO, 2002, p.48; JUSTEN FILHO, 2002, p.495; BINENBOJM, 2006, p. 278; MELLO, 2008, p. 352).

Adicionalmente, além da discussão no âmbito da própria possibilidade ou não de delegação de competência normativa, é ainda pertinente confrontar o entendimento da tese da deslegalização com o princípio da basilar do direito administrativo sancionador, o princípio da legalidade.

Esse confronto se faz necessário, pois o entendimento geral consagrado é que sanções devem ser instituídas por lei.

Nesse ponto vale chamar a atenção de que muitos especialistas no assunto defendem que há grande proximidade entre a sanção administrativa e a penal, inclusive argumentando que em determinados casos a administrativa pode levar a gravames piores do que aquela aplicada exclusivamente pelo Poder Judiciário.

De fato, como lembra Marçal Justen Filho, as sanções administrativas possuem a mesma configuração das penais, talvez até idêntica, de modo que os princípios fundamentais aplicados ao direito penal também devem ser observados no âmbito do administrativo sancionador. (JUSTEN FILHO, 2012, p.571).

Assim, a se julgar pela grande proximidade do direito administrativo sancionador com o direito penal, e considerando, portanto, a aplicabilidade dos princípios fundamentais do direito criminal, não há dúvida a grande incidência dos princípios da legalidade e da tipicidade.

Ou seja, sob o ponto de vista dos princípios da legalidade e da tipicidade, tanto as infrações quanto as sanções administrativas devem estar previstas em lei, uma vez

que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal.

Contudo, em que pese a proximidade entre o direito penal e administrativo sancionador, é de se indagar se a legalidade no âmbito da sanção administrativa inclui, no caso das agências reguladoras, aquela dita estrita do direito penal estabelecida na Constituição Federal no seu art. 5º, inciso XXXIX:

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

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Ou seja, transportando o princípio da legalidade estrita para o direito administrativo sancionador, a lei deveria, nos moldes do direito penal, definir suficientemente a infração administrativa e estabelecer a sanção correspondente.

Porém, o poder normativo dado às agências reguladoras tem como um das justificativas exatamente a inviabilidade de o legislador conseguir alcançar, em detalhe, toda a matéria técnica atribuída àqueles órgãos, inclusive considerando a inevitável evolução dos assuntos afetos àquelas autarquias.

Tratando de outro modo, a dúvida então que surge é se a lei conseguiria estabelecer infrações e sanções administrativas em amplitude suficiente para dar conta de todas as possibilidades de assuntos e condutas no âmbito de atuação das agências reguladoras.

Talvez, se é possível atingir a totalidade dos assuntos, a lei o fará de modo mais genérico, o que leva a possibilidade de concluir que poderia então haver flexibilidade na legalidade dita estrita, tendo em vista que a especificação em pormenores, principalmente a conduta, pode não ser possível. Em outras palavras, pode ser que a legalidade estrita possa ser atenuada quando se trata de infrações e sanções

administrativas no âmbito das agências reguladoras, tendo em vista a complexidade técnica envolvida na área de atuação de cada órgão.

Ora, analisando as diferentes leis de criação das agências reguladoras federais, é possível observar exatamente comandos legais com grande grau de abertura. É como se a lei estabelecesse, na realidade, padrões gerais, cabendo à agência então fazer o detalhamento da matéria.

Ou seja, as leis estariam, quando do uso de comandos mais abertos, dando às agências a função apresentar os detalhes técnicos que o legislador não teria condições de fazer, e, conseqüentemente, satisfazer o critério da tipicidade, exigência no âmbito do direito administrativo sancionador, no que no tange às sanções administrativas.

E quanto a isso não haveria que se falar em inconstitucionalidade da lei, já que no direito penal isso já ocorre, naquilo conhecido como norma penal em branco, em que é atribuída ao órgão público a competência para complementar o tipo penal, como é o caso do estabelecimento do rol de substâncias consideradas drogas ilícitas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).⁸

Nessa linha, entende Egon Bockmann Moreira, para quem “[...] se é possível à Administração completar o preceito criminal em branco, nada mais adequado e razoável que também possa fazê-lo em relação às sanções administrativas. [...] a agência reguladora saberá melhor quais sanções devem ser aplicadas naquele setor regulado” (MOREIRA, 2007, p.119).

⁸ Veja os diversos artigos da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei Antidrogas), que criminalizam condutas relacionadas às drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Disponível em. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm - acesso em 18/04/2016.

Fábio Medina Osório também reconhece que há margem de competência tipificante por parte da autoridade administrativa, ressaltando, contudo, que a lei não pode delegar de forma completa tal competência (OSÓRIO, 2015, p.228).

Nesse ponto, vale voltar às teorias sobre o poder normativo das agências reguladoras, e trazer para análise justamente aquela que trata tal poder como sendo para edição de normas com conteúdo essencialmente técnico.

De fato, o entendimento da natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras como tendo um caráter estritamente técnico, e destinado ao complemento de lei, parece ser perfeitamente adequado à ideia de que o legislativo estabelece padrões, limites, deixando ao regulamento técnico o detalhamento da matéria.

Contudo, tal complementação não se confunde com a regulamentação de lei feita pelo Chefe do Poder Executivo, uma vez que esse possui competência para expedição de decretos com abrangência geral para regulamentação de leis para seu fiel cumprimento. Já os normativos das agências reguladoras, embora também possuam certa abstração e generalidade, ficam restritos às questões técnicas específicas e nos exatos limites dispostos nas respectivas leis.

Como bem ressaltado por Marcos Juruena Villela, o legislador não detém necessariamente conhecimento técnico, de modo que há necessidade de trabalhar em um plano com maior generalidade para conseguir contemplar todas as situações. Assim, é inviável que a lei adentre nos detalhes, inclusive quando se considera a inevitável evolução tecnológica ou comercial (SOUTO, 2006, p. 49).

Dessa forma, as sanções administrativas também estariam albergadas por essa ideia, principalmente no que se refere às infrações administrativas, tendo em vista a estreita ligação entre às exigências técnicas e a caracterização das condutas de desrespeito a tais exigências.

Assim, parece ser razoável considerar que o legislador traça as linhas gerais de competência da agência reguladora, estabelecendo padrões e limites, cabendo ao

órgão desenvolver o conteúdo técnico por meio de normas, incluindo a caracterização do que seria considerada uma infração administrativa dentro das exigências postas pelo legislador para regulação de determinada área.

Com outras palavras, o órgão não estaria inovando, mas tão somente dispondo com maiores informações técnicas aquilo que a lei estabelece, o que, de certa forma, estaria cumprindo a exigência de observação quanto à tipicidade, trazendo maior segurança jurídica ao administrado.

Ressalta-se que o enfoque dado, nesse ponto, à infração administrativa decorre justamente pelo fato desse instituto carecer de maior detalhamento por parte da norma administrativa.

No que se refere à sanção administrativa propriamente dita, não é absurdo considerar que o legislador tem condições de estabelecer um rol de sanções, com limites e formas de gradação na sua aplicação, tendo em vista que os tipos de penalidades são bem menores, além de atenderem aos princípios consagrados do direito administrativo sancionador, como a proibição de sanções com a finalidade de confisco, do *bis in idem*, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Talvez seja, ainda, possível que a lei estabeleça que o desrespeito a um determinado conjunto de exigências gerais, as quais a agência detalhará, sujeitará o infrator a determinada sanção, essa sim perfeitamente definida na lei. Disso resultaria que aquela legalidade estrita nos moldes do direito penal, com a definição detalhada da infração e a correspondente sanção, se mostraria flexibilizada pela própria lei. E isso se daria tanto pelo fato do detalhamento da infração poder ser feito por um regulamento administrativo como por permitir que uma determinada sanção, ou seja, o preceito secundário da norma tipificadora da conduta, possa ser atribuída a um conjunto de condutas de violação às exigências gerais previstas na lei.

Observa-se, nesse ponto da análise, a necessidade de um estudo de leis relacionadas às criações das agências reguladoras, bem com outras esparsas que eventualmente possam atribuir competências específicas a essas autarquias no âmbito da sanção administrativa.

A proposta é examinar o padrão contido nessas leis quanto ao poder normativo dado às agências reguladoras no âmbito da sanção administrativa e, com efeito, verificar se é pertinente a ideia de que as diferentes leis podem ter deixado ao regulamento técnico o cumprimento da exigência de tipificação da infração administrativa e associação com as respectivas sanções.

3.3 As leis de criação das agências reguladoras e o poder normativo em matéria de sanção administrativa

O presente tópico tem o propósito de examinar algumas leis de criação das agências reguladoras federais, bem como outras que eventualmente possam ser correlatas, especialmente no que se refere aos dispositivos legais relacionados à sanção administrativa.

Ressalta-se que a referida análise limitar-se-á aos aspectos puramente legais previstos em leis pertinentes, não se cogitando em buscar discussões doutrinárias sobre cada lei em análise, o que com certeza demandaria um espaço maior.

A primeira norma legal analisada foi a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997). Os dispositivos que tratam das sanções administrativas indicam, de forma genérica, que os infratores da citada lei, bem com de outras normas aplicáveis e demais atos e contratos celebrados entre a Agência e administrados, estarão sujeitos a sanções, estabelecendo, em seguida, os tipos sancionatórios e os limites.

Art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal:⁹

I - advertência;

II - multa;

⁹ 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. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm - acesso em 11/04/2016.

- III - suspensão temporária;
- IV - caducidade;
- V - declaração de inidoneidade.

Porém, não se observa nessa lei que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), e que lhe atribuiu diversas competências, a previsão de infrações, e sim atribuições para tomar as ações necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras. De onde se conclui que o detalhamento de infrações será atendido por meio das normas administrativas editadas pela agência, bem como pelos contratos de concessão e demais atos da agência, e que o descumprimento de obrigações poderá implicar nas sanções indicadas na lei.

Situação parecida pode ser encontrada no caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei nº 9.427, 26 de dezembro de 1996, como pode ser depreendido pela leitura da lei, principalmente o art. 3º, inciso X¹⁰:

Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL:

X - fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses.

É possível notar que a lei de criação da ANEEL também estabelece diversas exigências aos agentes regulados do setor de energia elétrica, concedendo poderes à agência para regular e fiscalizar tal setor. Contudo, não define as infrações

10 Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 - Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm - acesso em 14/04/2016.

administrativas, mas indica, de forma genérica, que a autarquia poderá aplicar multas dentro do limite fixado pela lei.

Por outro lado, o decreto que instituiu a agência, Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997¹¹, fez a previsão, em seu art. 17 e incisos, de penalidades que a ANEEL poderia aplicar no âmbito das ações de fiscalização, tendo como base as normas regulamentares e os respectivos contratos.

Art. 17. A ANEEL adotará, no âmbito das atividades realizadas pelos agentes do setor de energia elétrica, em conformidade com as normas regulamentares e os respectivos contratos, as seguintes penalidades a serem aplicadas pela fiscalização:

I - advertência escrita, por inobservância a determinações da fiscalização ou de normas legais;

II - multas em valores atualizados, nos casos previstos nos regulamentos ou nos contratos, ou pela reincidência em fato que tenha gerado advertência escrita;

III - suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como impedimento de contratar com a Autarquia, em caso de não execução total ou parcial de obrigações definidas em lei, em contrato ou em ato autorizativo;

IV - intervenção administrativa, nos casos previstos em lei, no contrato, ou em ato autorizativo, em caso de sistemática reincidência em infrações já punidas por multas;

V - revogação da autorização, nos termos da legislação vigente ou do ato autorizativo;

VI - caducidade da concessão ou permissão, na forma da lei e do respectivo contrato.

[...]

§ 4º As multas serão graduadas segundo a natureza e a gravidade das infrações e aplicadas em múltiplos, conforme dispuser o respectivo regulamento da ANEEL, nos casos de reincidência, podendo ser cumuladas com outras penalidades.

Aqui há um caso diverso dos outros até então observados, já que as sanções estão definidas não na lei, mas no ato do Chefe do Poder Executivo. Ressalta-se que não

11 Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997 - Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.HTM - acesso em 11/04/2016.

é só apenas um detalhamento do que está previsto na lei, tendo em vista que essa fala apenas em multa. O decreto traz novas sanções, não sendo, portanto, uma mera transcrição do estabelecido na lei.

Por pertinência ao assunto, tem-se a Lei nº 11.934, de 5 de maio de 2009¹². Essa lei dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, estabelecendo obrigações e definindo competências à ANATEL e ANEEL.

Os artigos 18 e 19 da lei em questão remetem às leis de criação da ANATEL e da ANEEL em relação às sanções passíveis de aplicação. Mais uma vez é possível verificar que não há indicação das condutas que são consideradas infrações, mas o estabelecimento genérico de obrigações aos agentes regulados. Por outro lado, diz a lei que o descumprimento pode gerar sanções, cabendo, dessa forma, o órgão regulador detalhar as infrações e, quando verificado o descumprimento, associar com as sanções possíveis previstas nas leis, dentro dos limites fixados.

Art. 18. O descumprimento das obrigações estabelecidas por esta Lei sujeita as prestadoras de serviços de telecomunicações e as prestadoras de serviços de radiodifusão à aplicação das sanções estabelecidas no art. 173 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput deste artigo, será ainda aplicada a sanção de multa diária.

Art. 19. O descumprimento das obrigações estabelecidas por esta Lei sujeita os concessionários de energia elétrica à aplicação das sanções estabelecidas pelo art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelo art. 3º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Outro exemplo é a Lei do Petróleo (Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997)¹³, a qual, dentre outras providências, criou a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (ANP), e estabeleceu as competências dessa autarquia.

12 Lei nº 11.934, de 5 de maio de 2009 - Dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11934.htm - acesso em 12/04/2016.

13 Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997 - Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm - acesso em 12/04/2016.

Não é difícil verificar que a lei atribuiu competências bem genéricas à ANP para regular e fiscalizar as diversas atividades da indústria do petróleo, gás natural e dos bicomcombustíveis, o que é razoável, uma vez que ficaria inviável desenvolver as questões técnicas em nível de lei.

Todavia, não são observadas definições de infrações, e muito menos as sanções, o que se deu apenas com a edição da Lei nº 9.847, de 28 de outubro de 1999¹⁴, a qual dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis.

Aliás, é pertinente citar, como exemplo de grande abertura na Lei do Petróleo, a previsão contida na parte final do art. 8º, VII, a qual estabelece que a ANP poderá aplicar sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contratos.

Ou seja, parece que a lei teria dado à ANP competência para estabelecer sanções apenas em regulamento próprio, como se fosse uma autorização, mas que com a Lei nº 9.847/99 tal autorização teria sido revogada, pelo menos no que se refere ao regulamento, já que existe a possibilidade de tal previsão nos contratos de concessões.

Porém, mesmo com a edição de uma lei específica para tratar de infrações e sanções administrativas, é notória a falta de tipos infracionais para dar conta das áreas relacionadas à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, demandando que a ANP utilize dispositivos ditos abertos constantes da lei de fiscalização do abastecimento, e faça a complementação técnica com normas administrativas que tratam daquelas áreas.

No que tange às agências reguladoras relacionadas ao transporte marítimo e terrestre, ANTT e ANTAQ, respectivamente, é possível observar semelhanças com

14 Lei nº 9.847, de 28 de outubro de 1999 - Dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece sanções administrativas e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9847.htm - acesso em 12/04/2016.

outras agências no que se refere ao poder normativo em face de sanção administrativa.¹⁵

No caso da ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários), a lei de criação da agência não estabeleceu os tipos de infrações e sanções administrativas. Porém, o órgão, em regulamento próprio, Resolução ANTAQ nº 124/2003¹⁶, fixou, em seu art. 24 e incisos, alguns tipos de sanções:

Art. 24. As infrações às Leis nº 8.630, de 1993, nº 9.432, de 1997 e nº 10.233, de 2001, a outros dispositivos legais, às normas regulamentares emitidas pela ANTAQ e o descumprimento dos deveres estabelecidos nos contratos de concessão, termos de autorização e a instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil, sujeitará o responsável às seguintes penalidades, aplicáveis pela ANTAQ observado o devido processo legal, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

- I - advertência;
- II - multa;
- III - suspensão;
- IV - cassação;
- V - declaração de inidoneidade.

§ 1º Constitui infração o ato ou omissão que viole dispositivos legais ou regulamentares relativos à matéria de competência da ANTAQ, e bem assim obrigações estabelecidas em instrumentos de outorga e instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil.

Contudo, embora as definições tenham ocorrido em nível de regulamento administrativo, o normativo editado pela ANTAQ tem lastro em leis que definem infrações e fixam as penalidades correspondentes, demonstrando que a autarquia não inovou em termos de infrações e sanções administrativas.

15 A Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, criou tanto a ANTT quanto ANTAQ. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm - acesso em 13/04/2016.

16 Resolução ANTAQ nº 124, de 13 outubro de 2003. Dispõe sobre a fiscalização e o processo administrativo relativos à prestação de serviços de transporte aquaviário, de apoio marítimo e de apoio portuário e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária. Disponível em <http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Resolucao124.pdf> - acesso em 13/04/2016).

De fato, a lei nº 8.630/93, revogada pela lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013¹⁷, já trazia um rol de infrações e sanções administrativas, sendo que esse rol foi mantido na lei revogadora, a qual dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, como é possível observar em nos artigos 46 e 47:

Art. 46. Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe em:

I - realização de operações portuárias com infringência ao disposto nesta Lei ou com inobservância dos regulamentos do porto;

II - recusa injustificada, por parte do órgão de gestão de mão de obra, da distribuição de trabalhadores a qualquer operador portuário; ou

III - utilização de terrenos, área, equipamentos e instalações portuárias, dentro ou fora do porto organizado, com desvio de finalidade ou com desrespeito à lei ou aos regulamentos.

Parágrafo único. Responde pela infração, conjunta ou isoladamente, qualquer pessoa física ou jurídica que, intervindo na operação portuária, concorra para sua prática ou dela se beneficie.

Art. 47. As infrações estão sujeitas às seguintes penas, aplicáveis separada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade da falta:

I - advertência;

II - multa;

III - proibição de ingresso na área do porto por período de 30 (trinta) a 180 (cento e oitenta) dias;

IV - suspensão da atividade de operador portuário, pelo período de 30 (trinta) a 180 (cento e oitenta) dias; ou

V - cancelamento do credenciamento do operador portuário.

Quanto à Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997¹⁸, a qual dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário, essa também faz a indicação de que a inobservância às exigências da lei sujeita ao infrator as penalidades definidas no art. 15, incisos I e II da lei:

17 Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013 - Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm#art76 – acesso em 13/04/2016.

18 Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997 - Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências – Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9432.htm - acesso em 13/04/2016.

Art. 15. A inobservância do disposto nesta Lei sujeita o infrator às seguintes sanções:

I - multa, no valor de até R\$ 10,00 (dez reais) por tonelada de arqueação bruta da embarcação;

II - suspensão da autorização para operar, por prazo de até seis meses.

Por fim, ainda sobre a ANTAQ, a lei de criação, quando tratou dos contratos de concessão, permissão e autorização, estabeleceu a obrigatoriedade da previsão de penalidades pelo descumprimento de obrigações contratuais, definindo, ainda que em termos mais gerais, quais os tipos de sanções incidentes (art. 35, XVII e XVIII; art. 39, XII e XIII; e art. 44, V, da Lei nº 10.233/2001).

No caso da ANTT, o art. 24, VIII, da Lei nº 10.233/2001, traz previsão quanto à aplicação de penalidade no descumprimento de obrigações nos contratos de outorgas. Porém, a Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014¹⁹, incluiu no art. 24 da lei de criação da ANTT, o inciso XVIII, dando, ao que parece, uma espécie de autorização para que a ANTT possa dispor sobre as infrações e sanções administrativas no âmbito dos serviços de transportes.

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

VIII – fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;

(...)

XVIII - dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos serviços de transportes.

Ressalta-se que no Decreto-Lei nº 2.063, de 6 de outubro de 1983²⁰, há algumas sanções que poderão ser aplicadas no âmbito do transporte rodoviário de cargas ou

¹⁹ Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014 - Altera as Leis nºs 12.715, de 17 de setembro de 2012, que institui o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores - INOVAR-AUTO, 12.873, de 24 de outubro de 2013, e 10.233, de 5 de junho de 2001; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L12996.htm - acesso em 14/04/2016.

²⁰ Decreto-Lei nº 2.063, de 6 de outubro de 1983 - Dispõe sobre multas a serem aplicadas por infrações à regulamentação para a execução do serviço de transporte rodoviário de cargas ou

produtos perigosos; possivelmente, a ANTT utilizará tal dispositivo para fundamentar eventuais autuações nesses tipos de serviços.

Por outro lado, a agência, por meio da Resolução nº 4.071, de 3 de abril de 2013²¹, estabeleceu os tipos de infrações sujeitas às penalidades de advertência e multa por inexecução contratual na exploração da infraestrutura rodoviária federal concedida, permitindo depreender que a fundamentação para tal disposição vem de dispositivos específicos previstos tanto na lei de criação da ANTT quanto da lei das concessões (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995²²), os quais determinam que nos contratos de concessão deverão estar previstas penalidades pelo descumprimento de obrigações.

Em síntese, embora haja uma espécie de autorização para que a ANTT possa dispor de infrações e sanções administrativas no âmbito dos serviços de transporte, o que se percebe é que a tipificação da infração e a penalidade correspondente estarão, na realidade, previstas nos respectivos contratos de concessão, tendo em vista que a tanto a lei de criação da agência quanto a lei das concessões determinam que tais penalidades devem ser observadas quando daqueles contratos.

No caso da Agência Nacional de Água (ANA), a qual foi criada pela lei 9.984, de 17 de julho de 2000²³, o foco são atribuições voltadas para o gerenciamento de recursos hídricos, tendo como base as outorgas do direito de uso de recursos em corpos de água de domínio da União.

produtos perigosos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del2063.htm - acesso em 14/04/2016.

21 Resolução ANTT nº 4.071, de 3 de abril de 2013 - Regulamenta as infrações sujeitas às penalidades de advertência e multa por inexecução contratual na exploração da infraestrutura rodoviária federal concedida. Disponível em http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/21080/Resolucao_n__4071_.html - acesso em 14/04/2016.

22 Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 - Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm - acesso em 14/04/2016.

23 Lei 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9984.htm - acesso em 15/04/2016.

Na lei de criação da autarquia não há a definição de infrações e sanções administrativas. Porém, outra lei, anterior a criação da agência, traz a tipificação das violações quanto à utilização de recursos hídricos.

Trata-se da lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997²⁴, a qual instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Ou seja, além dos contratos de outorga de uso de recursos hídricos de domínio da União, em que poderá conter penalidades específicas para gerenciamento de tais recursos, a ANA, diante de descumprimento de exigências definidas em lei, poderá aplicar as sanções correspondentes, tendo como base a lei nº 9.433/1997.

No que se refere à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), o art. 7º, XXIV, da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999²⁵ (lei que definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e criou a ANVISA), confere ao órgão a competência para atuar e aplicar as penalidades previstas em lei.

Uma dessas leis é a 6.437, de 20 de agosto de 1977²⁶. Essa lei tipifica as infrações à legislação sanitária federal, e estabelece as respectivas sanções, trazendo, em seu art. 10, a relação das condutas ditas infrações sanitárias, e os tipos de penalidades que podem ser aplicadas.

Assim, havendo violações às exigências legais de assuntos afetos à atuação da ANVISA, essa autarquia poderá aplicar sanções, tendo como amparo legal o art. 7º, inciso XXIV, da Lei nº 9.782/1999, combinado com outro dispositivo legal que trate

24 Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm - acesso em 15/04/2016.

25 Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999 - Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm - acesso em 15/04/2016.

26 Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977- Configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6437.htm - acesso em 15/04/2016.

de infrações e sanções administrativas relacionadas à vigilância sanitária em nível federal.

Dessa forma, é possível concluir que no caso da ANVISA os assuntos técnicos relacionados à vigilância sanitária permitem que o próprio legislador estabeleça os tipos infracionais e as sanções correspondentes, cabendo à agência desenvolver regulamentos para padronizar procedimentos administrativos para cumprimentos das obrigações impostas na lei.

No caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000²⁷, a competência para aplicar penalidades está prevista no art. 4º, XXX e XLI, alínea f, da citada lei.

Art. 4º Compete à ANS:

(...)

XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

(...)

XLI - fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, incluindo:

(...)

f) normas de aplicação de penalidades;

No caso em questão, grande parte das sanções administrativas está disposta no art. 25 da Lei nº 9.656, de junho de 1998²⁸, a qual trata dos planos e seguros privados de assistência à saúde.

Observa-se que tanto a Lei nº 9.961/2000 quanto a Lei nº 9.656/1998 não detalham os tipos de infrações administrativas. Na realidade, utiliza o mesmo padrão

27 Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm - acesso em 15/04/2016.

28 Lei nº 9.656, de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm - acesso em 15/04/2016.

verificado em outras leis, ou seja, aquele de considerar o não atendimento a determinada exigência legal como sendo o tipo infracional.

Por outro lado, a ANS, por meio da Resolução Normativa nº 124, de 30 de março de 2006²⁹, dispôs sobre a aplicação de penalidades, realizando a gradação das sanções previstas em lei, sem, contudo, detalhar os tipos infracionais.

Em relação à Agência Nacional do Cinema (ANCINE), criada pela Medida Provisória nº 2.219, de 4 de setembro de 2001, a qual foi revogada e teve seus efeitos convalidados pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001³⁰, as penalidades estão previstas nos artigos 58 ao 61.

Há também outras leis que estabelecem tipos de sanções que podem ser aplicadas pela ANCINE, como é o caso da Lei nº 11.437, de 28 de dezembro de 2006³¹, a qual altera a destinação de receitas decorrentes da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional – CONDECINE, e da Lei nº 12.845, de 12 de setembro de 2011³², que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado.

29 Resolução Normativa nº 124, de 30 de março de 2006. Dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de saúde. Disponível em <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Nzkw> – acesso em 15/04/2016.

30 Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001 Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema – ANCINE. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm - acesso em 15/04/2016.

31 Lei nº 11.437, de 28 de dezembro de 2006 - Altera a destinação de receitas decorrentes da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional –CONDECINE. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11437.htm - acesso em 16/04/2016.

32 Lei nº 12.845, de 12 de setembro de 2011- Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm - acesso em 16/04/2016.

A ANCINE, por sua vez, editou a Instrução Normativa nº 109, de 19 de dezembro de 2012³³, que regulamenta o processo administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades cinematográficas, videofonográfica e de comunicação audiovisual de acesso condicionado.

Essa Instrução Normativa detalha os tipos de infrações previstas em diferentes leis que tratam de áreas de competência da ANCINE, indicando, para cada infração, as sanções passíveis de aplicação, satisfazendo, dessa forma, o modelo clássico desejável de fixar, para cada conduta que viole exigência legal, o preceito secundário sancionador.

Por fim, tem-se a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), criada pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005³⁴, com competências para regular e fiscalizar as atividades relacionadas à aviação civil, bem como a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País.

Quanto à competência relacionada à sanção administrativa, o art. 8º, XXXV, da citada lei, atribui competência genérica à ANAC para aplicar sanções, mas não traz os tipos infracionais e as sanções.

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

(...)

XXXV – reprimir infrações à legislação, inclusive quanto aos direitos dos usuários, e aplicar as sanções cabíveis;

33 Instrução Normativa nº 109, de 19 de dezembro de 2012 - Regulamenta o processo administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades cinematográfica, videofonográfica e de comunicação audiovisual de acesso condicionado. Disponível em <http://www.ancine.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas/instru-o-normativa-n-109-de-19-de-dezembro-de-2012> - acesso em 16/04/2016.

34 Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm - acesso em 16/04/2016.

Contudo, o Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986³⁵, traz, em seus artigos 299 a 302, um rol extenso de tipos de infrações administrativas, com grau considerável de detalhamento, e a associação com o tipo e limite da penalidade que pode ser aplicada.

A ANAC, por sua vez, editou a Resolução nº 25, de 24 de abril de 2008³⁶, a qual transcreve literalmente todos os tipos previstos naquele Código, e indica, para cada infração, a sanção correspondente.

Assim, o que é possível perceber que, fora os casos de outorga de serviços aéreos, de contratos de concessão ou de permissão para exploração comercial de serviços aéreos, em que se poderá ter a previsão específica de penalidades pelo descumprimento de obrigações contratuais, a ANAC apenas repete, em nível de regulamento administrativo, as infrações e sanções previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica, não realizando qualquer tipo de inovação, mas tão somente sistematizando o processo de aplicação da penalidade.

Em resumo, há situações em que a própria lei define, com o grau de detalhamento desejável, o tipo de infração, e fixa a correspondente sanção administrativa. Essa situação é normalmente encontrada nos casos em que o assunto tratado já possui maturação suficiente para que o legislador alcance a especificação em nível tal que o regulamento administrativo apenas repita literalmente o previsto em lei, como é o caso das infrações ditas sanitárias.

Por outro lado, há situações em que, pela complexidade técnica e possibilidade de evolução, o legislador apenas fixou padrões, podendo, em casos específicos, a agência fazer o detalhamento do tipo infracional e associá-lo com um tipo de sanção estabelecida em lei, dentro dos limites legais.

35 Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm - acesso em 16/04/2016.

36 Resolução nº 25, de 24 de abril de 2008. Disponível em <http://www2.anac.gov.br/biblioteca/resolucao/RA2008-0025.pdf> - acesso em 16/04/2016.

Isso sem levar em conta aqueles casos em que há a presença dos contratos de concessão, situação em que a própria lei geral de concessões, bem como as respectivas leis de criação das agências, determinam que deve haver a previsão de penalidades por descumprimento de obrigações, sem, porém, especificar os tipos, já que isso dependerá das peculiaridades técnicas envolvidas na concessão, e as correspondentes exigências contidas no edital de licitação.

E isso estaria de acordo com aquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello chama de supremacia especial, na qual a Administração extrai seus poderes não diretamente da lei, mas de um vínculo específico travado com o particular, situação que, com base nesse vínculo, o próprio órgão administrativo configurará as infrações e as sanções correlatas. (MELLO, 2014, p.875).

Veja-se, portanto, que a análise das diversas leis de criação das agências permitiu confirmar o que se verificou no tópico que tratou da visão doutrinária sobre o poder normativo das agências em face de sanção administrativa.

Ou seja, muito embora a agência não possa estabelecer apenas em regulamento próprio infrações e sanções administrativas, excluindo aí os contratos de concessão, muitas vezes fará o detalhamento dos tipos infracionais, e buscará, dentro das leis, penalidades possíveis de aplicação para o caso.

Dessa forma, a mensagem obtida das diversas leis de criação das agências reforça a ideia que, no âmbito da sanção administrativa, o princípio da legalidade estrita não se apresenta rígido nos moldes do direito penal, tendo em vista que a complexidade técnica, e sua a possibilidade de evolução, tornam inviável, para certos casos, a tipificação da infração e da sanção administrativa, fazendo com o que o legislador permita que o órgão se movimente, em matéria de seu poder normativo, dentro de padrões e limites estabelecidos.

3.4 A jurisprudência dos tribunais superiores e o poder das agências reguladoras em matéria de sanção administrativa

Cuida o presente tópico de examinar qual o entendimento dos tribunais superiores sobre o poder normativo das agências reguladoras no que tange à sanção administrativa.

Para tanto, foram feitos levantamentos, nos dias 23 e 29/3/2016, junto às páginas da internet do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com a utilização dos seguintes termos de busca: sanção; infração; administrativa; agência; reguladora; tipicidade; legalidade; ilegalidade; princípio; poder; normativo.

Os termos citados foram combinados para permitir melhor filtro quanto à informação pertinente ao estudo.

No que se refere ao STF, a pesquisa não retornou resultados pertinentes ao presente estudo, sendo possível observar que as poucas decisões observadas indicavam negativa de cabimento de Recurso Extraordinário, tendo por base a súmula 636 STF.

SÚMULA 636 - Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida³⁷.

Porém, foi possível encontrar um acórdão referente a uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de um regulamento administrativo editado pelo IBAMA estabelecendo sanção não prevista em lei.

Dessa forma, embora não seja referente a uma agência reguladora de que trata o presente trabalho, tal julgado é bastante relevante, uma vez que traz estreita ligação com a principal indagação contida neste estudo, sendo, inclusive, utilizado no âmbito do STJ como precedente para julgamento de ações versando sobre a aplicação de sanção administrativa por agência reguladora.

Dessa forma, considera-se importante apresentar a ementa do acórdão em questão:

³⁷ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula> – acesso em 29/03/2016.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 5º, 8º, 9º, 10, 13, § 1º, E 14 DA PORTARIA Nº 113, DE 25.09.97, DO IBAMA.

Normas por meio das quais a autarquia, sem lei que o autorizasse, instituiu taxa para registro de pessoas físicas e jurídicas no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, **e estabeleceu sanções para a hipótese de inobservância de requisitos impostos aos contribuintes, com ofensa ao princípio da legalidade estrita que disciplina**, não apenas o direito de exigir tributo, mas também o direito de punir.

Plausibilidade dos fundamentos do pedido, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados. (ADI nº 1.823-1; Min. Relator Ilmar Galvão; Dje 16/10/98, grifo nosso).

Com relação ao STJ, foram observados 21 acórdãos considerados relevantes para o tema do presente trabalho³⁸.

Sobre esses julgados, verificou-se que é pacífico o entendimento do STJ no sentido de considerar que sanções e infrações administrativas devem estar previstas em lei, em homenagem ao princípio da legalidade.

A seguir são transcritos trechos de algumas ementas relacionadas ao tema:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO COM ARRIMO EM PORTARIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DO STJ.

1. A jurisprudência assente no âmbito das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ é no sentido de que: "**Só a lei em sentido formal ou material é meio hábil para impor sanção**" (REsp 274.423/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 20 de março de 2006). Outro Precedente: AgRg no Ag 901.949/SP, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 10 de dezembro de 2007).

[...]

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1134417 / MG; Min. Relator Benedito Gonçalves; Primeira Turma, DJe de 01/12/2009, grifo nosso).

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INTERDIÇÃO DE DIREITO APLICADA PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE - ANS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA PENALIDADE. NÃO INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULAR CONTRA

³⁸ Os acórdãos foram obtidos por meio de consulta na página do STJ na internet no endereço <http://www.stj.jus.br/SCON/> - acessos realizados nos dias 23 e 29/03/2016.

A PESSOA SANCIONADA E DE PRAZO DE DURAÇÃO DA SANÇÃO. OFENSA AO ART. 2º. DA LEI 9.784/99. RECURSO PROVIDO, SEM PREJUÍZO DE ULTERIOR PROCESSO ADMINISTRATIVO, OBSERVADA A GARANTIA DO DUE PROCESS OF LAW, DE HIERARQUIA CONSTITUCIONAL.

1. O excepcional poder sancionador da Administração Pública, por representar uma exceção ao monopólio jurisdicional do Judiciário, somente pode ser exercido em situações peculiares e dentro dos estritos limites da legalidade formal, não havendo, nessa seara específica do Direito Administrativo (Direito Sancionador), a possibilidade de atuação administrativa discricionária, na qual vigora a avaliação de oportunidade, conveniência e motivação, pelo próprio agente público, quanto à emissão e ao conteúdo do ato.

2. Somente a Lei, em razão do princípio da estrita adstrição da Administração à legalidade, pode instituir sanção restritiva de direitos subjetivos; neste caso, a reprimenda imposta ao recorrente pela Agência Nacional de Saúde-ANS não se acha prevista em Lei, mas apenas em ato administrativo de hierarquia inferior (Resolução Normativa 11/2002-ANS), desprovido daquela potestade que o sistema atribui somente à norma legal.

[...]

4. Recurso provido, mas sem prejuízo da instauração ulterior de processo administrativo regular, com o estrito atendimento das exigências próprias da atividade sancionadora do Poder Público. (AgRg no REsp 1287739 / PE; Min. Relator Francisco Falcão; Primeira Turma; Dje de 31/05/2012, grifo nosso).

EMENTA: Mandado de Segurança. Administração Pública. Princípio da Legalidade. Aplicação de Sanções Órfãs de Previsão Legal. Limites do Regulamento. Decreto-Lei 37/66 (arts. 94 e 96). Decreto 91.030/85.

1. O Administrador Público submete-se ao princípio da legalidade. Malferido o princípio, viola-se o direito líquido e certo do cidadão, afetado por ato sem a sobreguarda legal.

2. As sanções desviadas de previsão legal constituem ofensa a direito fundamental do cidadão.

3. Recurso sem provimento. (REsp 131494 / RS; Min. Milton Luiz Pereira; Primeira Turma; Dje em 13/08/2001, grifo nosso).

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. AUTO DE INFRAÇÃO COM BASE EM PORTARIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ.

1. É nula a sanção fundada apenas em Portaria, pois tal ato restringe-se a facilitar a aplicação e execução da lei, sob pena de ferir o princípio constitucional da reserva legal na aplicação de penalidades. Precedentes.

[...]

(AgRg no AREsp 493411 / MG; Min. Relator Humberto Martins; Segunda Turma; DJe de 13/06/2014, grifo nosso).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. OFENSA A ATO ADMINISTRATIVO NORMATIVO. CONCEITO DE TRATADO OU LEI FEDERAL. NÃO ENQUADRAMENTO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 518/STJ. APLICAÇÃO DE MULTA POR INFRAÇÃO A OBRIGAÇÃO IMPOSTA POR RESOLUÇÃO EDITADA PELA ANTAQ. LEGALIDADE. EXERCÍCIO DE PODER NORMATIVO ASSEGURADO PELA LEI N. 10.233/01. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ.

[...]

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é legal a aplicação de multa por infração a obrigação imposta por resolução editada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), tendo em vista a Lei n. 10.233/01, que assegura seu exercício de poder normativo.

[...]

V - Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1541592/ RS; Min. Relatora Regina Helena Costa; Primeira Turma; DJe 21/09/2015, grifo nosso).

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. APLICAÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO À RESOLUÇÃO ANTAQ N. 858/2007. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS. LEGALIDADE.

[...]

2. Não há ilegalidade na aplicação da multa à recorrente por descumprimento da Resolução n.º 858 da ANTAQ, de 23 de agosto 2007, que determinou à Administração Portuária a obrigação de "submeter à prévia aprovação da ANTAQ a celebração de aditivos contratuais que impliquem prorrogação de prazo, ou qualquer espécie de alteração da área do arrendamento, encaminhando justificativa e demais documentos inerentes a essa alteração", já que amparada na Lei n. 10.233/2001, que disciplina a atuação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários, e define, entre outras, as condutas puníveis, as penalidades cabíveis, bem como a forma de gradação da pena. Recurso especial improvido. (REsp 1481550 / SC; Min. Relator Humberto Martins; Segunda Turma; DJe de 14/11/2014).

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. MULTA ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO À RESOLUÇÃO

ANTAQ 858/2007. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS.

1. Aplicação de multa por infração a obrigação imposta por Resolução editada pela ANTAQ, no exercício de competência normativa assegurada pela Lei 10.233/2001 - "submeter à prévia aprovação da ANTAQ a celebração de aditivos contratuais que impliquem prorrogação de prazo, ou qualquer espécie de alteração da área do arrendamento, encaminhando justificativa e demais documentos inerentes a essa alteração".

2. Ausência de violação ao princípio da legalidade, pois a Lei 10.233/2001 é precisa ao definir as condutas puníveis, as penalidades cabíveis e a forma de graduação da pena, estando os demais procedimentos para processamento e julgamento das infrações disciplinados em regulamento próprio, conforme autoriza a própria lei.

3. Recurso especial não provido. (REsp 1386994 / SC; Min. Rel. Min. Eliana Calmon; DJe de 13/11/2013).

Pelas decisões, é forçoso considerar que no âmbito do STJ o entendimento é que a agência reguladora não possui competência, a despeito de seu poder normativo, para estabelecer, apenas em regulamento próprio, infrações e sanções sem embasamento legal.

Esse entendimento está alinhado com parcela considerável da doutrina que nega que o poder normativo das agências reguladoras decorre de um processo de deslegalização, e que, com efeito, não haveria que falar em competência dessas autarquias para edição de regulamentos prevendo infrações e/ou penalidades administrativas não contidas em lei.

Por outro lado, há alguns julgados do STJ que apontam que a exigência de previsão legal para sanções administrativas pode ser atendida apenas com uma mera indicação na lei, valendo ressaltar que isso não seria uma exclusividade para o caso das agências reguladoras, já que decretos presidenciais, bem como outras normas editadas pela Administração Pública, também poderiam fazer previsão de sanções administrativas desde que exista lei dando autorização para tal.

É o que se pode depreender pelos trechos de ementas a seguir:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LEI 5.966/1973. INFRAÇÃO. CONMETRO. PORTARIA INMETRO. COMPETÊNCIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF.

[...]

3. No ordenamento jurídico brasileiro nada impede que a lei, expressa ou implicitamente, atribua ao Poder Executivo a possibilidade de detalhar os tipos e sanções administrativos, dentro dos limites que venha a estatuir. Inexiste aí qualquer violação ao princípio da legalidade, pois nele não se enxerga o desiderato de atribuir ao Poder Legislativo o monopólio da função normativa, nem de transformar os regulamentos e atos normativos administrativos em mera repetição do que está na lei, esvaziando-os de sentido e utilidade. O que não se admite é que a Administração, a pretexto de pormenorizar a lei, dela se afaste, negue ou enfraqueça, direta ou indiretamente, os seus objetivos, estabeleça obrigações ou direitos inteiramente desvinculados do texto legal, ou inviabilize a sua implementação.

[...]

5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 883844 / PR; Min. Relator Herman Benjamin; Segunda Turma; DJe 27/04/2011, grifo nosso).

EMENTA: ADMINISTRATIVO. FABRICAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE REFRIGERANTE DE LARANJA. DECRETO 2.314/1997. PODER REGULAMENTAR. LEI 8.918/1994. LEGALIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

[...]

2. No campo das infrações administrativas, exige-se do legislador ordinário apenas que estabeleça as condutas genéricas (ou tipo genérico) consideradas ilegais, bem como o rol e limites das sanções previstas, deixando-se o detalhamento especificação daquelas e destas para a regulamentação, por meio de Decreto.

[...]

4. As disposições do Decreto 2.314/1997 que justificaram a lavratura do auto de infração não extrapolam o poder regulamentar, porquanto apenas especificam as restrições já impostas pela Lei 8.918/1994 à fabricação e comercialização de bebidas.

5. Com efeito, ao dispor sobre a indevida alteração dos produtos ou de suas matérias-primas (art. 16) e sobre o mínimo percentual de suco de laranja que devem conter os refrigerantes dessa fruta (art. 45, § 2º), o Decreto 2.314/1997 conferiu executoriedade à lei regulamentada, nos limites de sua competência.

6. As condutas descritas no Decreto 2.314/1997 estão respaldadas pela norma do art. 9º da Lei 8.918/1994, que comina sanções administrativas para as infrações às suas disposições, nos termos previstos no regulamento.

7. Recurso Especial provido. (REsp 1135515 / SC; Re. Min. Herman Benjamin; Segunda Turma; DJe 28/02/2012, grifo nosso).

EMENTA: ADMINISTRATIVO - SANÇÃO PECUNIÁRIA – LEI 4.595/64.

1. Somente a lei pode estabelecer conduta típica ensejadora de sanção.

2. Admite-se que o tipo infracionário esteja em diplomas infralegais (portarias, resoluções, circulares etc), mas se impõe que a lei faça a indicação.

3. Recurso especial improvido. (REsp 324181 / RS;; Rel. Min. ELIANA CALMON; Segunda Turma; DJe 12/05/2003, grifo nosso).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. LEI 9.487/1997. PODER REGULAMENTAR. PORTARIA 201/1999/ANP. EMPRESA TRANSPORTADORAREVENDEDORA-RETALHISTA TRR. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS.

[...]

9. A norma administrativa tida por inexigível é compatível com a competência da Agência Nacional do Petróleo, conforme preceitua a Lei 9.478/1997, pois se caracteriza como mera exteriorização do seu poder de disciplina e fiscalizatório.

10. No Direito brasileiro, os chefes do Poder Executivo podem regulamentar a lei por meio de Decreto, facultando-se, ademais, à autoridade administrativa editar atos normativos administrativos gerais como Portarias e Resoluções com o intuito de disciplinar e instrumentalizar a boa aplicação da legislação que lhes é superior. Em ambos os casos as normas administrativas editadas não precisam repetir, palavra por palavra, o que está na lei, desde que respeitem seus limites, principiologia, estrutura e objetivos.

11. Recurso Especial provido. (REsp 1048317 / PR; Rel. Min. Herman Benjamin; Segunda Turma; DJe de 30/09/2010, grifo nosso).

Esmiuçando esses últimos acórdãos, a mensagem que se obtém é que a previsão da sanção administrativa na lei pode ser apenas em nível suficiente para deixar indicado que a agência terá competência fixar em regulamento administrativo aquele gravame.

Ora, o que parece é que agência reguladora pode até estabelecer em regulamento a tipificação da infração e sanção administrativas. Porém, deve haver algum lastro legal para tanto, o que permite também considerar, em via de consequência, que a lei poderia atribuir à autarquia uma espécie de autorização para, dentro de limites e

padrões estabelecidos, editar, em regulamento próprio, infrações e sanções administrativas.

Veja-se, contudo, que isso não significaria inovar na ordem jurídica, já que haveria um lastro legal dando autorização para órgão tipificar a infração e/ou a sanção administrativa.

Nesse ponto, importa mais uma vez voltar com a discussão sobre a questão da legalidade estrita nos moldes da sanção do direito penal, que muitos advogam pela sua aplicabilidade no âmbito do direito administrativo sancionador.

Ou seja, esse entendimento quanto à suficiência da mera indicação legal quanto às sanções administrativas reforça a tese de que aquela legalidade dita estrita pode não seguir a mesma sistemática exigida no direito penal quando o assunto a ser tratado assim demandar. E isso pode ocorrer quando o problema está muito longe do domínio do legislador, impossibilitando que a lei adentre no nível necessário para tipificar a infração ou sanção administrativa.

Assim, em regra, conforme já visto neste trabalho, as infrações e sanções administrativas necessitam respeitar o princípio da legalidade estrita, o que significa que a lei deve especificar suficientemente as condutas que serão enquadradas como violações às regras estabelecidas, e as correspondentes penalidades para cada violação, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Por outro lado, dada complexidade técnica, poderia o legislador, em casos excepcionais, deixar que a especificação da infração, e a sua associação com sanções possíveis previstas em lei, fique a cargo do órgão público, fazendo, para tanto, uma indicação dessa competência, mas, contudo, fixando os limites em que tal competência poderá ser exercida.

Diante disso, a infração e a penalidade postas em regulamento administrativo teriam a exigência da legalidade formal atendida pela lei, uma vez que haveria a indicação no texto legal. Contudo, a própria norma administrativa seria uma forma de

atendimento da legalidade material, uma vez que faria o detalhamento, dentro dos limites legais, das condutas e da aplicação da sanção.

Sob esse prisma, vale trazer as palavras de Charles Eisenmann, citado por Alexandre Santos de Aragão:

A Administração Pública pode fazer o que uma norma superior, legal ou constitucional, a autorize, a habilite a fazer, ainda que não entre nos detalhes do conteúdo dos atos a serem emitidos. Nessa perspectiva, a Administração não possui liberdade na ausência de lei, mas basta que esta lhe atribua competência. Privilegia-se, portanto, a existência de habilitação formal para o exercício de competência normativa, geralmente para realização de determinados fins. (EISENMAN, 1959 *apud* ARAGÃO, 2007, p.320).

CONCLUSÕES

O estudo desenvolvido no presente trabalho permitiu chegar a algumas conclusões relevantes sobre o poder normativo das agências reguladoras em matéria de sanção administrativa.

Em primeiro plano, foi possível observar que as agências reguladoras possuem certo grau de poder normativo, podendo editar normas gerais que afetam direitos e impõem obrigações.

Tais normas não retiram sua fundamentação diretamente da Constituição, e sim de leis relacionadas à área de atuação do órgão regulador, e tem a função de tratar de temas estritamente técnicos, os quais a lei não conseguiria alcançar em detalhes.

Contudo, o tratamento dado pelas normas emanadas pelas agências reguladoras não possui a mesma densidade normativa da regulamentação de lei feita pelo Chefe do Poder Executivo. Encerra, na verdade, uma atribuição de complementação de leis com viés essencialmente técnico. Tal poder, quando visto sob a perspectiva do direito administrativo sancionador, ganha outras considerações, tendo em vista as características envolvidas no âmbito do instituto da sanção.

Essas características decorrem da aproximação do direito administrativo sancionador do direito penal, e que, tendo em vista o efeito aflitivo da sanção, devem ser observados diversos princípios constitucionais aplicáveis no âmbito do direito fundamental de liberdade e de propriedade, a exemplo do devido processo legal, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade e tipicidade.

Com efeito, mesmo sendo reconhecida a competência normativa das agências reguladoras para edição de normas técnicas com grau de abstração e generalidade, a conciliação de tal competência com as premissas do direito administrativo sancionador obriga considerar que a lei deve tipificar a infração administrativa e estabelecer a penalidade correspondente, com exceção daqueles casos em que haveria a chamada “supremacia especial”, situação em que haveria a possibilidade de previsão de infrações e sanções em contratos de concessão.

Porém, tendo em vista as peculiaridades técnicas envolvidas, é possível que a lei não adentre nos pormenores para cumprir a desejada caracterização da infração, deixando a tipificação para o regulamento administrativo a ser editado pela agência reguladora.

Para tanto, a lei estabelece padrões e limites, de modo que a agência reguladora só poderá se movimentar dentro dos contornos fixados pelo legislador, entendimento esse que é perfeitamente aderente à consideração de que o poder normativo das agências é o de fazer a complementação técnica do previsto em lei, não havendo inovação na ordem jurídica.

Além disso, a despeito da aproximação do direito administrativo sancionador do direito penal, as leis que estabelecem sanções administrativas não necessariamente irão satisfazer o mesmo sistema rígido exigido na tipificação do direito criminal, com a definição do tipo infracional e a correspondente penalidade a ser aplicada.

E essa conclusão pode ser perfeitamente comprovada quando se analisa as diversas leis que dão competência às agências reguladoras, na medida em que em várias situações o legislador apenas indicou a atribuição para penalidades, sem definir quais seriam as infrações e as respectivas sanções administrativas.

A mesma conclusão também foi possível alcançar quando do exame dos julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em que, apesar de em alguns casos haver o expreso entendimento da necessidade de lei para cumprimento da exigência formal e material, há outros que indicam que a lei pode apenas indicar a sanção administrativa.

Ou seja, deve haver um lastro legal para cumprimento da legalidade formal. Porém, a exigência da legalidade material não precisa ser atendida pela própria lei, sendo permitido que o próprio regulamento cumpra tal exigência, faça a complementação técnica, dentro dos limites e padrões fixados pelo legislador.

Em síntese, a resposta para principal questão levantada no presente trabalho é que a sanção administrativa não pode estar prevista apenas em regulamento administrativo editado pela agência reguladora, com exceção dos contratos de concessão.

Contudo, a agência pode detalhar a infração administrativa e associar a penalidade que será aplicada dentro do rol de sanções previstas em lei, sendo exigido que a lei apenas faça a indicação correspondente, e órgão faça a complementação técnica dentro dos limites legais estabelecidos.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e o poder normativo in Alexandre Santos de Aragão (org.), O poder normativo das agências reguladoras.* 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. **Direito dos serviços públicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. (Coord.). **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. **A concepção pós-positivista do princípio da legalidade.** Rio de Janeiro: Revista do Direito Administrativo, 236: 51-64, Abr./Jun. 2004.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria Geral dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 5. ed. Lisboa: Almedina, 1997.
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras,** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 29.ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CERVEIRA, Fernanda Pessôa. **Fundamentos do poder administrativo sancionador: o exame da culpabilidade na infração administrativa.** Dissertação de mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2005.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** – 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública.** 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo.** Trad. Arnaldo Setti, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência in Alexandre Santos de Aragão (org.), O poder normativo das agências reguladoras.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estudos, documentos, debates: reforma do Estado, papel das agências reguladoras e fiscalização.** São Paulo: Fiesp/CIESP e Instituto Roberto Simonsen, 2002.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 1996.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública centralizada e descentralizada.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da sanção tributária.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAURANO, Adriana. **A função normativa das agências reguladoras no Brasil e o princípio da legalidade.** São Paulo: Scortecci, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo.** 15.ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Legitimidade e discricionariedade.** Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, n.28 – novembro/dezembro/janeiro, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas *in* Alketa Peci (org.). **Regulação no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro.** 1 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

REALE Jr., Miguel. **Instituições de direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RESENDE, Antonio José Calhau. **O princípio da Razoabilidade dos Atos do Poder Público.** Revista do Legislativo. Abril, 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **O direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Introdução às agências reguladoras *in* SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Dever regulamentar nas sanções regulatórias. *In* **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Ano 8, nº 31, jul./set. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.