



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS  
PREVISTAS EM REGULAMENTOS EDITADOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS  
FEDERAIS

Alexandre de Souza Lima

Rio de Janeiro  
2019

ALEXANDRE DE SOUZA LIMA

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS  
PREVISTAS EM REGULAMENTOS EDITADOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS  
FEDERAIS

Artigo científico apresentado como exigência de  
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato  
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2019

## O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS EM REGULAMENTOS EDITADOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

Alexandre de Souza Lima

Especialista em Regulação da Agência Nacional do Petróleo - ANP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Químico e mestre em ciências pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

**Resumo** - as agências reguladoras federais possuem atribuições para regular e fiscalizar determinadas atividades econômicas, podendo aplicar sanções administrativas no exercício de tais atribuições. Nesse contexto, e reconhecendo o poder normativo desses órgãos para editar normas com generalidade e abstração, surge a indagação se o princípio da legalidade estrita deve estar sempre presente no âmbito das sanções previstas nos regulamentos administrativos editados pelas agências reguladoras federais e, caso positivo, se a mesma regra de tipicidade inerente às sanções do direito penal deve ser atendida. Apesar do poder normativo, o princípio da legalidade estrita tem de ser observado nas sanções administrativas aplicadas pelas agências reguladoras federais. Todavia, tendo em vista as peculiaridades técnicas, nem sempre a sanção prevista na lei se mostrará em um nível de detalhamento suficiente para tipificar a conduta violadora da norma, como ocorre no direito penal, de modo que nesses casos a complementação técnica ficaria a cargo da agência.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Princípio da Legalidade. Sanção Administrativa. Agências Reguladoras Federais.

**Sumário** – Introdução. 1. A natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras federais e a repercussão no estabelecimento de sanções administrativas. 2. O princípio da legalidade no contexto da sanção administrativa e sua relação na perspectiva do poder normativo das agências reguladoras federais. 3. A sanção administrativa prevista em regulamento de agência reguladora e a (des)necessidade de sua previsão específica em lei. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo discute as sanções administrativas previstas em atos editados por agências reguladoras federais no contexto do princípio da legalidade. Pretende-se demonstrar que o exercício da atribuição conferida às agências reguladoras federais para editar normas administrativas com caráter sancionatório nem sempre obedecerá a legalidade estrita.

As agências reguladoras federais são autarquias especiais criadas para regular e fiscalizar atividades econômicas transferidas à iniciativa privada para exploração. Para tanto, foi conferido àqueles órgãos poder para editar normas com abrangência geral e com natureza abstrata para aplicação na área de atuação de cada uma das autarquias.

No contexto de seu poder normativo, as agências reguladoras federais geralmente fixam em regulamento próprio sanções administrativas, ficando os agentes econômicos sujeitos a tais sanções em caso de descumprimento de normas editadas pelas próprias agências.

Nesse sentido, surge a indagação sobre qual seria a amplitude desse poder de previsão de sanções administrativas em atos próprios, notadamente quando visto sob a perspectiva do princípio da legalidade estrita.

Dessa forma, não se trata de um tema meramente acadêmico. É na verdade uma discussão que encerra uma utilidade prática, tendo em vista a inegável necessidade de se precisar quais são os limites do exercício da competência normativa das agências reguladoras para o estabelecimento de sanções administrativas.

Para responder a indagação central, o trabalho é construído pelo estabelecimento das bases sobre o poder normativo das agências reguladoras federais e os pontos relevantes sobre sanções administrativas. Posteriormente, é tratada a relação desse poder com a necessidade de observação do princípio da legalidade estrita no estabelecimento da sanção administrativa.

Para tanto, no primeiro capítulo são discutidas as concepções envolvidas com a natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras, e o ponto de contato no que tange ao poder para estabelecer sanções administrativas.

Em seguida, é desenvolvido no segundo capítulo um exame da sanção administrativa em seus aspectos fundamentais. É mostrada a relação desses aspectos no com a legalidade estrita no contexto das sanções administrativas estabelecidas pelas agências reguladoras.

Tendo sido delineada a base do tema, é abordado no terceiro capítulo que as sanções administrativas dispostas em normas das agências reguladoras federais precisam ter previsão em lei. Porém, não se exige que a lei especifique em detalhes a sanção, bastando uma previsão genérica.

O trabalho é desenvolvido por meio de pesquisa jurídica com cunho qualitativa, tendo como fontes trabalhos acadêmicos que, ainda que de forma reflexa, tratam do poder sancionatório das agências reguladoras.

Adicionalmente, são analisadas leis de criação de agências reguladoras federais para verificar autorizações para edição, por esses órgãos, de sanções administrativas em

regulamentos administrativos. Também é examinada a jurisprudência superior que versa sobre o tema.

## 1. A NATUREZA JURÍDICA DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS E A REPERCUSSÃO NO ESTABELECIMENTO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

As agências reguladoras federais são autarquias ditas especiais, às quais foi conferida a atribuição de regular e fiscalizar atividades econômicas transferidas à iniciativa privada.

Nesse contexto de regulação e fiscalização, as agências reguladoras editam normas administrativas que atingem, de forma genérica e abstrata, agentes econômicos que exercem atividades na área de atuação da agência<sup>1</sup>. É exatamente essa atribuição para editar normas com abstração e generalidade que leva a doutrina a discutir qual seria a natureza jurídica desse poder normativo, a qual, em última análise, desemboca na discussão sobre a possibilidade de as agências reguladoras estabelecerem em ato próprio sanções administrativas.

O exame doutrinário sobre o tema leva a observar que há diferentes concepções, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>2</sup>, sobre a natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras. Contudo, o que se verifica é que os diversos entendimentos podem ser resumidos em três grandes concepções, quais sejam, o poder normativo como: poder regulamentar; poder delegado; e poder de complementação técnica.

Quanto ao poder normativo como um poder regulamentar, a argumentação é no sentido de que as agências reguladoras federais realizam, nos moldes do Chefe do Poder Executivo, a regulamentação de leis<sup>3</sup>. Para aqueles que entendem dessa forma, o poder regulamentador não é exclusivo do Chefe do Poder Executivo, e que as agências reguladoras federais teriam competência semelhante<sup>4</sup>.

Em outras palavras, para esses autores, quando a agência reguladora edita uma norma administrativa tratando de área econômica em que exerce atividade de regulação e fiscalização, ela estaria realizando a regulamentação da lei para permitir a sua execução.

---

<sup>1</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e o poder normativo in ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.), *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.383-392.

<sup>2</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.150.

<sup>3</sup>BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.280.

<sup>4</sup>MAURANO, Adriana. *A função normativa das agências reguladoras no Brasil e o princípio da legalidade*. São Paulo: Scortecci, 2006, p.140.

De fato, do exame que se faz das diferentes leis que tratam das agências reguladoras federais, são observados diversos comandos normativos que deixam à autarquia o detalhamento da matéria.

Todavia, ainda que se enxergue um aspecto regulamentar, não é possível considerar que essa atribuição encerra a mesma natureza dos decretos editados pelo Chefe do Poder Executivo, uma vez que essa competência é privativa, e não foi feita a previsão para permitir a sua delegação, conforme se observa no art. 84, parágrafo único, da Constituição Federal<sup>5</sup>.

De qualquer forma, é razoável entender as normas editadas pelas agências reguladoras federais não sob a perspectiva de um poder regulamentador, o qual retira seu fundamento direto da Constituição Federal, mas sim uma regulamentação específica exigida pela própria lei. Essa regulamentação reúne um aspecto que se pode associar mais com uma complementação técnica, como será vista mais adiante.

Outra concepção sobre a natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras é a que considera como um poder delegado. Para os defensores dessa tese, a competência daquelas autarquias para editar normas gerais e abstratas passaria por uma espécie de deslegalização<sup>6</sup>.

Para autores que sustentam a tese de deslegalização, a exemplo de Alexandre dos Santos Aragão<sup>7</sup>, não haveria inconstitucionalidade nesta sistemática, uma vez que não existiria transferência de poderes legislativos, e sim uma ação do próprio legislador em deixar em outra seara legislativa a regulação de determinada matéria.

Contudo, há críticas a respeito dessa teoria, tendo em vista que as hipóteses de delegação já estariam fixadas na Constituição Federal. Assim, não haveria que falar em outras possibilidades de inovação da ordem jurídica a caracterizar uma espécie regulamento autônomo, definido por José dos Santos Carvalho Filho<sup>8</sup> como atos que possuem natureza primária, emanados diretamente da Constituição, e situados, dentro da hierarquia normativa, no mesmo patamar da lei.

De fato, o exame do texto constitucional evidencia que só há delegação de competência nos artigos 62, 68, 84, inciso IV da Constituição Federal. No primeiro, são as Medidas Provisórias, e o segundo, as leis delegadas, ambas competências atribuídas ao Presidente da

---

<sup>5</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 set. 2018.

<sup>6</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.122.

<sup>7</sup>ARAGÃO, op. cit. p.422-423.

<sup>8</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.57-58.

República. Já no caso do art. 84, inciso IV, da Constituição Federal é a delegação ao Chefe do Poder Executivo para 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.

Ressalta-se que a doutrina tem visto também a existência de delegação de competência para inovar na ordem jurídica no caso dos artigos 103-B, § 4º, I, e 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já se manifestado sobre o tema<sup>9</sup>. Nesses casos, haveria delegação de competência ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público para edição de atos autônomos dentro da área de competência de cada um dos Conselhos.

Dessa forma, não havendo outras hipóteses de delegação na Constituição Federal para que determinadas matérias possam ser tratadas por outro Poder que não o Legislativo, há que se negar a possibilidade de deslegalização e, portanto, que a natureza do poder normativo das agências reguladoras tenha natureza de um poder delegado.

Por fim, a terceira concepção é que a natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras federais é, na verdade, um poder para fazer uma complementação técnica da lei.

Esse entendimento mostra-se perfeitamente adequado quando observado sob a perspectiva da função das agências reguladoras, e o respeito às competências legislativas constitucionalmente atribuídas.

De fato, como as agências reguladoras tratam de questões técnicas, por vezes complexas, não haveria como a lei detalhar todos os aspectos técnicos envolvidos na atividade desenvolvida por um agente econômico. Se assim o fizesse, certamente em pouco tempo a evolução da atividade ficaria comprometida, tendo em vista a velocidade de surgimento de novos negócios.

Assim, o legislador, tendo em conta a necessidade de tratamento técnico detalhado da matéria, deixa ao órgão o poder para edição de normas administrativas, com caráter genérico e abstrato, mas com conteúdo técnico e de complementação do previsto em lei.

É com esse viés de complementação técnica que a doutrina tem entendido como sendo a natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras, como bem ressaltado por José

---

<sup>9</sup>O STF definiu que as Resoluções do CNJ tinham natureza de regulamento autônomo. Isso se deu quando do exame, em sede Ação Direta de Constitucionalidade da Resolução CNJ nº 7/2008. O STF entendeu, na análise da ADC nº 12-6/DF, que a Resolução do CNJ possui caráter normativo primário, dado que busca seu fundamento diretamente do § 4º do art. 103-B da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=12&processo=12>>. Acesso em: 16 set.2018.

dos Santos Carvalho Filho<sup>10</sup> que, ao diferenciar regulação de regulamentação, considera que neste caso, há norma hierarquicamente superior que necessitaria de complementação, de modo que as agências reguladoras, por meio de delegações fixadas em leis, realizariam a complementação técnica de caráter geral.

Dessa forma, dentre as três concepções sobre a natureza jurídica do poder normativos das agências reguladoras federais, o entendimento mais adequado é que se trata de um poder de complementação técnica das leis que tratam das áreas de atuação de cada órgão.

Com efeito, essa conclusão tem consequência direta sobre a própria discussão quanto à atribuição para edição de sanções administrativas, tendo em vista que não há inovação na ordem jurídica, como, em última análise, é defendido por aqueles que sustentam a tese da deslegalização, e sim uma complementação técnica da norma legal, demandando, portanto, a existência de lei para fixar os parâmetros para atuação da agência. Esse exame será feito mais adiante, uma vez que há que se estabelecer os aspectos mais relevantes envolvidos no próprio poder sancionatório.

## 2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO CONTEXTO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA E SUA RELAÇÃO NA PERSPECTIVA DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

A sanção administrativa, de acordo com Fábio Medina Osório<sup>11</sup>, é o 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.

Observa-se, portanto, grande aproximação entre a sanção administrativa e as no âmbito do direito penal, notadamente quanto aos princípios fundamentais que norteiam este direito, conforme defendido por Marçal Justen Filho<sup>12</sup>:

As sanções administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao mesmo semelhante. Os princípios

---

<sup>10</sup>CARVALHO FILHO, op. cit., p.66.

<sup>11</sup>OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.106 – 107

<sup>12</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.571.

fundamentais de direito penal vêm aplicados no âmbito do direito administrativo repressivo.

Dentre os diversos princípios do direito penal que estão presentes na sanção administrativa, o da legalidade é o que possui maior relevo e é o essencial para a discussão no presente trabalho.

De acordo com art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a Administração Pública, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá, dentre outros princípios, o da legalidade<sup>13</sup>.

Contudo, tendo em vista a presença de diversos aspectos do direito penal no direito administrativo sancionador, pertinente observar também a sanção administrativa sob a perspectiva da legalidade estrita, conforme previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal<sup>14</sup>, que diz que não há crime sem lei anterior que o defina, e pena sem prévia cominação legal.

Dessa forma, utilizando o princípio da legalidade estrita no direito administrativo sancionador, tanto as infrações e como as sanções administrativas correspondentes devem estar estabelecidas em lei, de modo que, como defendido por José dos Santos Carvalho Filho, atos administrativos seriam apenas mecanismos para execução da norma legal sancionatória, não podendo, por si próprios, dar origem a sanções<sup>15</sup>.

Há que apontar, todavia, que a legalidade aplicada ao direito administrativo sancionador é mais flexível quando comparada com o direito penal. Exemplos dessa flexibilidade é o fato de a sanção administrativa não ser reserva de lei federal, e muitas vezes são apresentadas em tipos legais mais abertos.

Fábio Medina Osório afirma que as normas do direito administrativo sancionador sempre foram manejadas historicamente no âmbito do poder de polícia da Administração Pública, e que, tendo em vista a rapidez de alteração dos bens jurídicos, há necessidade de maior elasticidade do direito administrativo sancionador para acompanhar essa alteração<sup>16</sup>.

Observa-se também no direito administrativo sancionador uma maior incidência de tipos sancionadores que fazem o uso da chamada norma em branco, figura também presente no direito penal. Por essa sistemática, há que observar normas infralegais para caracterizar determinada infração administrativa e a correspondente sanção.

---

<sup>13</sup>BRASIL, op. cit. nota 4.

<sup>14</sup>Ibid.

<sup>15</sup>CARVALHO FILHO, op. cit., p.93.

<sup>16</sup>OSÓRIO, op. cit., p. 227.

Em razão dessa sistemática, Fábio Medina Osório defende que o legislador 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<sup>17</sup>.

Dessa forma, no âmbito do direito administrativo sancionador, as infrações e as sanções administrativas correspondentes devem estar estabelecidas em lei de forma detalhada para permitir previsibilidade de conduta por parte dos administrados.

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.”<sup>18</sup>.

Certo é que no direito administrativo sancionador a tipificação da sanção administrativa não guarda o mesmo grau de detalhamento exigido no direito penal. Porém, 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.

Todavia, 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<sup>19</sup>.

De qualquer forma, existem situações em que há a necessidade previsões legais com aberturas suficientes para permitir maior movimentação por parte da Administração Pública.

Assim, como ressaltado por Celso Antônio Bandeira de Mello, casos há 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<sup>20</sup>.

Nesse contexto, surge a discussão da atuação das agências reguladoras federais. De fato, essas autarquias foram criadas, via de regra, para regular a atuação de agentes econômicos em áreas essencialmente técnicas, com alto nível de complexidade e com evolução constante, valendo citar o magistério de Marcus Marcos Juruena Villela Souto<sup>21</sup>:

---

<sup>17</sup>Ibid., p.228.

<sup>18</sup>BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.645.

<sup>19</sup>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, p.19.

<sup>20</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 875 – 876.

<sup>21</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. *O direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 49.

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 tecnológica ou comercial; se a lei cuidasse de cada detalhe, estaria constantemente desatualizada e provocaria a frequente necessidade de movimentação do Poder Legislativo.

Assim, nasce a indagação se no caso das agências reguladoras federais, dado o seu poder normativo, e considerando o seu campo de atuação estritamente técnico, o princípio da legalidade poderia ser mitigado no que tange às sanções administrativas.

Trata-se, em última análise, da questão central do presente artigo, e que foi desenvolvida no terceiro capítulo deste trabalho. A base necessária para essa discussão foi construída quando do exame no capítulo que se encerra, o qual tratou, como visto, da incidência do princípio da legalidade no estabelecimento da sanção administrativa, bem como no anterior, oportunidade em foi discutida a natureza do poder normativo das agências reguladoras federais. Toda essa construção permitirá examinar se o poder normativo das agências reguladoras alcança a possibilidade de previsão da sanção administrativa apenas em regulamento próprio do órgão.

### 3. A SANÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA EM REGULAMENTO DE AGÊNCIA REGULADORA E A (DES) NECESSIDADE DE SUA PREVISÃO ESPECÍFICA EM LEI

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, notadamente com o da legalidade.

Nesse contexto, os que defendem a teoria da deslegalização, como visto no capítulo 1 deste trabalho, estariam, de certa forma, reconhecendo a competência da agência reguladora para estabelecer em atos próprios a sanção administrativa.

De fato, pela teoria da deslegalização haveria uma espécie de delegação legislativa, a qual se daria pela retirada da lei, efetuada pelo próprio legislador, de certas matérias, e a passagem dessas matérias para tratamento no âmbito regulamento administrativo.

Alguns defensores dessa teoria enxergam, como bem ressaltado por Henrique Ribeiro Cardoso, que a Constituição Federal, por meio dos artigos 174, 121, XI e 177, § 2º, III, teria

dada uma atribuição originária de competência normativa, dentro da repartição de funções estabelecidas na Constituição, nos moldes do disposto nos artigos. 62 e 68 da Carta Magna<sup>22</sup>.

Dessa forma, é de notar que aqueles que sustentam a natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras como uma espécie de delegação legislativa, estariam admitindo a possibilidade de que sanções administrativas podem ser estabelecidas apenas em regulamentos próprios editados pelo órgão.

Assim, haveria ampla liberdade para que agência reguladora federal trate de matérias técnicas relacionada a sua área de atuação, incluindo também a fixação de sanções administrativas.

Contudo, muitos autores argumentam que não há previsão constitucional permitindo essa delegação de competência material, de modo que não seria cabível a transferência de competência normativa reservada ao Poder Legislativo<sup>23</sup>.

Além disso, sob a perspectiva da sanção administrativa, há que se lembrar do princípio da legalidade, basilar no direito administrativo sancionador, uma vez que é de entendimento geral, como já visto neste trabalho, que sanções administrativas devem ser instituídas por lei.

Contudo, apesar dos aspectos semelhantes entre o direito penal e administrativo sancionador, é de se perguntar se no âmbito do poder normativo das agências reguladoras federais a legalidade no que tange à sanção administrativa é aquela dita estrita do direito penal, estabelecida na Constituição Federal no seu art. 5º, inciso XXXIX<sup>24</sup>.

Em outras palavras, a lei deveria, nos moldes do direito penal, definir suficientemente a infração administrativa e estabelecer a sanção correspondente.

Todavia, é cediço que o poder normativo dado às agências reguladoras tem como um dos fundamentos justamente a inviabilidade de o legislador detalhar toda a matéria técnica envolvida na área de atuação do órgão, sem falar da grande velocidade de evolução dos assuntos técnicos.

Nesse ponto, surge a indagação se seria possível fixar em lei as infrações e sanções administrativas com escopo adequado para contemplar a grande variedade de assuntos técnicos no âmbito das diferentes áreas de atuação das agências reguladoras.

---

<sup>22</sup>CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.199.

<sup>23</sup>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, p.48; JUSTEM FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p.495; BINENBOJM, op.cit., p.278.

<sup>24</sup>BRASIL, op. cit., nota 4.

Nesse contexto, é de se imaginar que, se é possível tratar da totalidade dos temas tratados pelas agências reguladoras, a lei o fará de modo mais genérico, fato que força a conclusão de que poderia então haver certa flexibilidade na legalidade dita estrita, uma vez que a especificação em detalhes, principalmente da conduta que considerada uma infração administrativa, pode não ser possível.

Dessa forma, dada a complexidade técnica, pode ser que a legalidade estrita possa ser atenuada quando se trata de infrações e sanções administrativas no âmbito das agências reguladoras.

Ora, analisando 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 falar em inconstitucionalidade da lei, e seria um fenômeno jurídico semelhante ao que já ocorre no direito penal, naquilo que se convencionou a chamar de norma penal em branco, hipótese em que a lei penal descreve uma conduta criminosa que demanda complementação, seja por outra lei ou por ato da Administração Pública<sup>25</sup>.

Nessa linha, entende Egon Bockmann Moreira<sup>26</sup>, 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.”

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,

---

<sup>25</sup> MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: parte geral. 11. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.127.

<sup>26</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas in Alketa Peci (org.). *Regulação no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2007, p.119.

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, 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.

Com outras palavras, o órgão não estaria inovando, mas tão somente dispondo com informações técnicas adicionais 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.

Vale ressaltar que no âmbito da jurisprudência do STF e STJ a indicação é no sentido da exigência de lei em sentido estrito para estabelecimento de sanção administrativa.

Nesse contexto, oportuno citar o decidido no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.823-1/DF<sup>27</sup> ajuizada em face de um regulamento administrativo editado pelo IBAMA, órgão que não é uma agência reguladora do escopo tratado no presente trabalho, mas que a discussão travada serve perfeitamente para o caso. Nesse julgamento ficou decidido que havia violação ao princípio da legalidade estrita em razão de previsão de sanção administrativa não prevista em lei.

Com relação ao STJ, julgados mais antigos indicam o entendimento no sentido de considerar que sanções administrativas devem estar previstas em lei, em homenagem ao princípio da legalidade, valendo citar, por todos, trecho do voto do ministro relator Humberto Martins no julgamento do AgRg no AREsp nº 493411/MG<sup>28</sup>, quando ressalta que:

[...] acórdão impugnado encontra-se em consonância com a orientação firmada por esta Corte Superior, no sentido de que 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.

---

<sup>27</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.823-1*. Relator: Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347283> - ADI nº 1.823-1>. Acesso em: 2 jan. 2019.

<sup>28</sup>Id. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 493411*. Relator: Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=493411&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tr ue>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

Contudo, ressalta-se a existência de julgados mais recentes no âmbito do STJ apontando que a exigência de previsão legal quanto à sanção administrativa pode ser atendida pela indicação na lei da competência da agência reguladora para tipificar condutas passíveis de punição, principalmente acerca de atividades técnicas. Por todos, REsp nº 728281/RS, de relatoria do Min. Herman Benjamin<sup>29</sup>.

Em outras palavras, a sanção administrativa, em atenção ao princípio da legalidade, poderia ser prevista na lei apenas em nível suficiente para deixar indicado que a agência terá competência fixar em regulamento administrativo aquele gravame.

Com efeito, a agência reguladora pode até estabelecer em regulamento a tipificação da infração e sanção administrativas. Todavia, há que ter lastro legal para tanto, o que levaria também a considerar a possibilidade de a lei atribuir à agência reguladora uma espécie de autorização para, respeitando determinados limites, fixar, em regulamento próprio, sanções administrativas.

Tratando de outra forma, as sanções administrativas no âmbito das agências reguladoras federais necessitam respeitar o princípio da legalidade estrita. Isso significa dizer que a lei deve especificar suficientemente as condutas que serão enquadradas como violações às regras estabelecidas, e as correspondentes penalidades para cada uma das infrações. No entanto, dada a complexidade técnica envolvida na hipótese, poderia o legislador, em determinados casos, deixar que a especificação da infração, e a sua associação com as sanções possíveis previstas em lei, fique a cargo da agência reguladora.

Para tanto, a lei faria uma indicação expressa desse poder conferido à autarquia, e fixaria os limites para o exercício dessa atribuição.

## CONCLUSÃO

O estudo desenvolvido neste trabalho permitiu chegar a conclusões relevantes sobre a incidência do princípio da legalidade estrita no âmbito das sanções administrativas aplicadas por agências reguladoras federais.

A questão ganha relevo, tendo em vista que às agências reguladoras federais foram, em regra, conferidas atribuições para editar normas técnicas com características de generalidade

---

<sup>29</sup>Id. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1728281. Relator: Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=493411&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tr ue>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

e abstração, o que leva a reconhecer que essas autarquias ditas especiais possuem determinado poder normativo.

Contudo, apesar dessa atribuição para expedir normas administrativas com generalidade e abstração, observa-se que a sanção administrativa reúne peculiaridades que a aproxima em diversos aspectos da sanção no direito penal, demandando a observação dos princípios constitucionais relacionados ao direito fundamental, notadamente quanto à liberdade e propriedade.

Nesse contexto, a despeito do poder normativo das agências reguladoras federais, há que se considerar a necessidade de lei para fixação da sanção administrativa, salvo nos casos dos contratos de concessão em que as penalidades constam das cláusulas do contrato.

Todavia, em razão das especificidades técnicas eventualmente presentes, a lei pode não adentrar nos detalhes da sanção estabelecida, de modo que nem sempre a sanção administrativa fixada em lei seguirá a regra de definir a conduta violadora da norma administrativa e o estabelecimento da penalidade correspondente, como ocorre no direito penal.

Nesses casos, é possível que a lei apenas indique, de forma genérica, a sanção administrativa, e atribua à agência reguladora a função de detalhamento da sanção no regulamento administrativo a ser editado.

Em síntese, como resposta a questão central do presente trabalho, o princípio da legalidade estrita deve estar presente nas sanções administrativas previstas nos regulamentos das agências reguladoras. Porém, há situações em que é impossível ou inviável adentrar nas especificidades técnicas envolvidas na sanção. Nesses casos, o detalhamento técnico pode ficar a cargo da norma administrativa editada pela agência reguladora.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org). *Agências reguladoras e o poder normativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 493411*. Relator: Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=493411&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1728281*. Relator: Herman Benjamin. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=493411&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.823-1*. Relator: Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347283> - ADI nº 1.823-1>. Acesso em 2 jan. 2019.

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.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 11. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

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

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

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

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.

\_\_\_\_\_. GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, nº 28, nov./jan., 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas*. Regulação no Brasil. São Paulo: Atlas, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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