

**IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS DA
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES POR
DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES FIXADAS NOS CONTRATOS DE
CONCESSÃO**

**IMPOSSIBILITY FOR THE REGULATORY AGENCIES TO ADOPT THE DIRECT
CIVIL LIABILITY UPON ENFORCEMENT OF THE PENALTIES BY NON-
COMPLIANCE WITH OBLIGATIONS SET FORTH IN THE CONCESSION
AGREEMENTS**

Ticiane Moraes Franco¹

RESUMO: O presente trabalho apresenta uma reflexão sobre a aplicação das teorias da responsabilidade objetiva e subjetiva às hipóteses de aplicação de sanções administrativas em decorrência da violação dos deveres legais, contratuais e regulamentares fixados nos contratos de concessão ou na regulamentação editada pelas Agências Reguladoras. Será enfocada e justificada a aplicação da responsabilidade subjetiva, especialmente sob a égide dos princípios de Direito Administrativo sancionador. A importância do tema decorre da relevância atual da atividade regulatória do Estado e do fato de que a maioria dos setores econômicos de grande relevância social, econômica ou de concentração empresarial são, atualmente, regulados por Agências Reguladoras, sendo que o modelo adotado pelo Brasil confere a tais entidades algumas prerrogativas, dentre as quais, o poder sancionador, enfoque do presente trabalho. Por fim, promove-se um estudo quanto ao posicionamento atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema, para demonstrar que a mesma corrobora a aplicação da responsabilidade subjetiva em matéria de punições, bem como a necessária existência de culpa ou dolo da concessionária para a aplicação de quaisquer sanções, uma vez que em matéria de punições administrativas, aplicam-se no nosso ordenamento jurídico, não só os princípios de Direito Administrativo, como também os de Direito Penal e Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVES: Agência Reguladora; Aplicação de sanções; Responsabilidade civil subjetiva.

¹ Mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-graduada em Regulação de Telecomunicações pela Universidade de Brasília – UNB, e em Direito Empresarial e Gestão Empresarial pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Extensão em Regulação de Energia Elétrica pela ABDIB. Advogada. E-mail: ticianemfranco@gmail.com.

ABSTRACT: This paper presents a reflection on the use of direct and indirect liability theories to the hypotheses of enforcing administrative penalties pursuant to violation of legal, contractual and regulatory duties set forth in the concession agreements or in the regulation published by the Regulatory Agencies. Enforcement of indirect liability will be the focus and justification, mainly under the shelter of the sanctioning Administrative Laws principles. The importance of the subject matter arises from the current relevance of the State's regulatory activity and from the fact that most of the economic sector with major social, economic relevance or corporate concentration are, presently, regulated by Regulatory Agencies, and the model adopted in Brazil granted such entities some prerogatives including the sanctioning power, which is the focus of this essay. Finally, a study is developed regarding the current positioning of the case law from the Higher Courts on this subject matter, to evidence that it supports enforcement of indirect liability in the matter of punishments, as well as the necessary existence of guilt or negligence of the concessionaire for enforcement of any sanction, because, when referring to administrative penalties, our system of laws applies not only the principles of Administrative Laws, but also those of Criminal Laws and Criminal Process.

KEYWORDS: Regulatory Agency; Enforcement of sanctions; Indirect civil liability.

1 INTRODUÇÃO

Em todos os modelos de intervenção previstos nos artigos art. 170 a 175 da Constituição Federal de 1988 (atuação de forma direta ou como agente normativo e regulador da atividade econômica), o Estado intervém na ordem econômica para garantir a justiça distributiva e social, a satisfação do bem comum e o desenvolvimento nacional².

² Segundo expõe a autora Clarisse Sampaio Silva, tem-se a seguinte explicação para a atividade de regulação: “uma forma específica de intervenção na ordem econômica, de modo que o Estado não assume, diretamente, o exercício de atividade econômicas, mas, na qualidade de agente externo, usa meios normativos, atos administrativos concretos, técnicas consensuais e informativas para condicionar o comportamento dos agentes econômicos, no sentido de assegurar a regularidade do mercado, a garantia da livre concorrência e ainda a defesa de outros interesses consagrados pela ordem jurídica constitucional e que poderiam ser afetados pelo livre e irrestrito desenvolvimento de dada atividade.” (SILVA, 2005, p. 20)

Nesse sentido, a evolução histórica do papel regulador do Estado em nosso ordenamento, ainda que anterior à própria Constituição Federal de 1988³, foi fortalecida pelas privatizações ocorridas no âmbito do Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/1990).

Nesta oportunidade, o Estado remodelou a função reguladora, especialmente nos setores da economia entregues à iniciativa privada. Afastou-se da atuação direta sobre o mercado e passou a exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Portou-se, desde então, como agente normativo e regulador da economia, função que foi institucionalizada pelo art. 174 da Constituição Federal de 1988.

Assim, a Constituição Federal de 1988 prevê, em linhas gerais, as seguintes formas de intervenção do Estado:

- (i) pelo planejamento do desenvolvimento econômico (art. 174, par. 1º);
- (ii) pela atuação direta (em concorrência com os agentes econômicos – art. 173 ou, prestando serviços públicos – art. 175);
- (iii) como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, *caput*);
- (iv) reprimindo o abuso do poder econômico (art. 173, par. 4º).

A atividade administrativa de regulação (prevista no art. 174) é um conceito de ampla envergadura, já que a Constituição Federal conferiu ao Estado um leque de atribuições e possibilidades de interferir na atividade econômica em sentido estrito. Essa interferência pode ocorrer por meio de políticas públicas, da criação de medidas que incentivem os agentes econômicos a participar do desenvolvimento do mercado, da coordenação dos fatores de produção, pela garantia de um sistema de concorrência, como forma de se alcançar eficiência alocativa e diminuir a probabilidade do exercício abusivo de poder sobre o mercado, e ainda, do poder de polícia, mediante exercício das competências normativa e sancionatória.

MOREIRA NETO (2003, p. 46) afirma que “a função reguladora é na verdade um híbrido de atribuições de natureza variada, inclusive fiscalizadoras e negociadoras, mas também normativas, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras. Ela se vale de um complexo de

³ Pode se apontar, nesse sentido, que no Brasil, desde a Constituição Federal de 1934, os textos constitucionais passaram a demonstrar certa preocupação com a intervenção estatal. A Constituição Federal de 1934, por exemplo, mantém a liberdade econômica, inspirada no liberalismo, no entanto, introduz restrições de ordem social e a obrigatoriedade de o Estado direcionar a economia. Posteriormente, a Constituição Federal de 1937 acrescenta um capítulo sobre a ordem econômica. Por sua vez, a Constituição Federal de 1946 introduz a possibilidade de reprimir o abuso do poder econômico. E as Constituições de 1967-69 destacam como princípio o desenvolvimento econômico.

funções clássicas – administrativas, normativas e judicantes –, variando apenas o método decisório”.

Pode-se afirmar que existem alguns setores econômicos em que a regulação se faz mais presente: cita-se, os serviços públicos delegados à iniciativa privada e aqueles setores – atividades privadas regulamentadas – que, abertos à iniciativa privada, exigem o exercício do poder de controle administrativo (poder de polícia).

A maioria dos setores econômicos de grande relevância econômica ou de concentração empresarial são, atualmente, regulados por Agências Reguladoras, entidades da administração pública indireta, constituídas na forma de autarquias, que exercem uma regulação técnica e econômica a partir do conhecimento específico do mercado que atuam, levando em consideração os limites estabelecidos nas leis de sua criação.

O modelo de regulação exige que tais entidades tenham conhecimento amplamente especializado, que lhes resguarde, por outro lado, para o indispensável exercício da função que exercem, algumas prerrogativas, tais como, poder normativo, fiscalizatório e sancionatório. Além do poder de, em alguns casos, solucionar conflitos no âmbito dos setores sobre sua competência, sendo a elas conferida autonomia e independência no desempenho de suas funções.

Nesse contexto é que se propõe abordar o tema da sanção no processo administrativo sancionador no âmbito das Agências Reguladoras e a impossibilidade de adoção da responsabilidade objetiva para aplicação de sanção quando do descumprimento de obrigações regulamentares previstas em contratos de concessão ou em regulamentos das Agências.

2 DELIMITANDO O OBJETO DA DISCUSSÃO

Delimita-se o escopo do presente ensaio para o estudo da sanção administrativa aplicada no âmbito de processo administrativo sancionador que figure, de um lado, a Agência Reguladora, representando o Estado (Poder Concedente), e, de outro, a concessionária de serviço público.

Destarte, a definição de serviço público⁴ não é universal na doutrina e sofreu diversas alterações ao longo do tempo, assim, como o tema não é escopo da presente abordagem,

⁴ A clássica doutrina do emérito Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 615) define serviço público como: “atividades materiais que o Estado, inadmitindo que possam ficar simplesmente relegadas à livre iniciativa, assume como próprias, por considerar de seu dever prestá-las ou patrocinar-lhes a prestação, a fim de satisfazer necessidades ou comodidades do todo social, reputadas como fundamentais em dado tempo e lugar.”

partiremos da premissa de existência de um contrato, de natureza negocial, na qual um determinado serviço público é transferido a determinado delegatário, mediante contrato de concessão firmado entre o particular e o Poder Concedente representado pela Agência Reguladora do setor.

ARAGÃO (2011, p. 17) esclarece que existem diversas modalidades de delegação de serviço público. A mais tradicional, a concessão.

Trata-se o contrato de concessão de uma autorização do Estado para que o delegatário execute, sob certas condições previamente estabelecidas, o serviço público concedido. Neste caso, a execução da atividade que envolve a prestação de um serviço público não é deliberadamente realizada pelo particular, mas deve-se ater a regras estabelecidas pela Administração, fixadas sob a égide de um contrato, cabendo ao Poder Público a regulamentação e o controle da atividade.

Define-se por concessão de serviço público (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 652):

o instituto pelo qual o Estado atribuiu o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”.

Vê-se que nessa situação, conquanto o serviço público seja delegado à prestação de empresas privadas, ao Poder Público cabe assegurar a obediência à disciplina legal do respectivo setor, bem como impor restrições preventivas ou repressivas em prol da concretização do melhor serviço público desejado e também eficiente, evitando com isso comportamentos danosos ao conjunto da população que faz uso do serviço delegado ao particular.

Nesse contexto, para o indispensável exercício de controle sobre o serviço público delegado, algumas prerrogativas são resguardadas ao Poder Público, dentre elas a utilização de instrumentos de autoridade: ou seja, o poder de editar regras de execução dos serviços, assegurar sua aplicação e o de reprimir eventuais infrações cometidas pelos agentes econômicos. Somente assim, pode-se garantir que a prestação do serviço público ocorrerá nos moldes delineados em contrato, observando o dever de boa administração.

O delegatário recebe, por um lado, a permissão para executar o serviço nos moldes

CARVALHO FILHO (2011, p. 297) assim define serviço público: “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente, sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”.

desejados pelo Poder Concedente, segundo premissas que atendem ao interesse público, sendo remunerado pelas tarifas aplicáveis ao serviço. Por outro, a obrigação de ao não fazê-lo, reparar qualquer dano causado, quando então serão aplicadas sanções de natureza administrativa fruto da responsabilidade assumida pelo particular. Exemplos desses comandos estatais que podem ser descumpridos e que geram o dever de reparar o dano causado são, ilustrativamente: cobrar tarifas superiores às permitidas, entregar o serviço sem o padrão de qualidade mínimo, interromper a prestação do serviço em condições não permitidas, não prestar o serviço com cordialidade e nos prazos estabelecidos, dentre outras.

Esse dano causado pelo delegatário decorre do rompimento dos deveres assumidos perante o Poder Concedente e gera, no mínimo, duas hipóteses de reparação.

A primeira delas é a reparação do usuário pela prestação e execução inadequada do serviço, que se dá nos termos dos artigos 14 e 20 do Código de Defesa do Consumidor. Isto porque, a responsabilidade do delegatário em relação aos usuários do serviço é e será objetiva, na medida em que o Código de Defesa do Consumidor impõe ao prestador do serviço reparar os eventuais danos causados aos usuários independentemente de culpa (art. 14 do CDC⁵).

Cabe destacar que, nos casos de responsabilidade objetiva, poderá a parte contrária alegar culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, visando afastar a responsabilidade (parágrafos 3º e 4º dos artigos 12 e 14 do CDC). Nas relações de consumo, admite-se a culpa concorrente e fato concorrente da vítima como forma de abrandar a indenização e até atenuar o nexo de causalidade.

Existem discussões relacionadas à responsabilidade da concessionária quando há culpa da vítima, em casos de direito civil e penal, uma vez que a responsabilidade objetiva prescinde de demonstração do nexo de causalidade e a responsabilidade subjetiva necessita da existência de alguma modalidade de culpa. Todavia, esses não são temas a serem abrangidos pelo presente trabalho.

Assim, atendo-se ao tema do presente ensaio, se, por um lado, a responsabilidade da concessionária em relação aos usuários do serviço é objetiva, o mesmo não se pode dizer da responsabilidade pela inobservância dos deveres decorrentes da relação contratual firmada com as Agências Reguladoras (representando o Poder Concedente) e infrações cometidas no bojo dos correspondentes contratos de concessão, uma vez que essa relação firmada entre o

⁵ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.” (destaca-se)

concessionário e o Poder Concedente, tem natureza diversa das relações por eles firmadas com os usuários do serviço.

A imposição das sanções, neste caso, decorrente de infrações de natureza administrativas é: “fruto de desobediência a normas que hajam decorrido das relações específicas que hajam sido travadas entre a Administração e determinados administrados” (BANDEIRA DE MELO, 2004, p. 615).

OLIVEIRA (2012, p. 51-52) distingue os tipos de sanções afirmando que a sanções punitivas diferente das sanções reparatórias, não objetivam compensar algum dano, mas, sim, “castigar o infrator, para que não torne a descumprir o comando normativo”.

Isto porque, adotada uma conduta contrária à norma estabelecida pela Agência, surge o ilícito administrativo⁶ e o dever de repará-lo, o que ocorre, neste caso, pela aplicação da sanção administrativa e a possibilidade da Agência exercer, nesse momento, o seu *ius puniendi*.

OSÓRIO (2006, p. 104) esclarece que a competência sancionatória é exercida mediante aplicação de sanções de natureza administrativa e impõe-se em “consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo”. É característica do poder sancionador do Estado a instrumentalidade da sanção administrativa.

No sentido aqui apresentado, OSÓRIO (2009, p. 85) faz a seguinte conceituação de sanções a partir de uma perspectiva estrita: “aquelas medidas repressivas, sem natureza necessariamente disciplinar, impostas por organismos da administração ativa, comportando variedade de espécies, v.g., ligadas ao setor econômico, da saúde, do desenvolvimento, circulação, transportes e muitos outros”.

Por outro lado, SILVA (2007, p. 61 e ss.)⁷ aborda como funções das sanções, a preventiva, repressiva ou punitiva, reparatória ou indenizatória, didática, incentivadora ou premial, assecuratória.

Vê-se, especialmente no processo administrativo sancionador, que a sanção (administrativa) é imposta para reprimir transgressões a ordens que abalem a capacidade (e conveniência) administrativa do Estado. Diferente da seara penal, em que, para que determinado valor possa ser considerado um bem jurídico passível de proteção penal, as

⁶ Segundo VITTA (2003, p. 29): “Ilícito é a conduta (ação ou omissão) que contravém o mandamento da norma, a qual estabelece a consequência jurídica, institucionalizada, organizada normativamente: a sanção. Assim, conforme se vê, apenas quando houver descumprimento do mandamento da norma jurídica, poder-se-á falar em ilícito e sua consequência (a sanção).”

⁷ O autor também apresenta algumas variantes para as teorias da sanção (SILVA, 2007, p. 33 e ss.).

violações a esse bem devem ser relevantes para a sociedade, de modo a justificar o movimento do Estado em prol de sua proteção, o que não necessariamente encontra reflexo na sanção administrativa, que pode ser apenas reflexo de um comando estatal violado, ainda que a violação não afronte um bem jurídico em específico, afronta-se a capacidade administrativa, gerencial ou normativa do Estado.

O Direito Administrativo-sancionador segundo o penalista Silva Sánchez (2002, p. 116): “persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial)”.

Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1978, p. 37) já entendiam que: “o ilícito administrativo, à semelhança do ilícito penal, é lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico, pois, de outro modo, não se compreenderia a existência de um Direito Penal Administrativo.” Sob esse prisma, para mencionados doutrinadores, a esfera de abordagem de um ou de outro deve assim ser considerada:

A punição de certos ilícitos na esfera do Direito Administrativo, ao invés de o ser na órbita do Direito Penal tradicional, não obedece, como frisa-se, senão a razões de conveniência política: para o Direito Penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente e intensamente o interesse público ou social, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito administrativo de menor entidade não reclama a severidade da pena. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 38)

Sobre a diferença entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, ARAÚJO (apud, OLIVEIRA, 2012, p. 63-64) entende que:

O ilícito penal, caracteriza-se pelo enquadramento da conduta do agente no tipo precisamente descrito pela lei penal, enquanto que, o ilícito administrativo, são ações ou omissões imputáveis pela não observação prevista em dispositivos concernentes à Administração Pública, seja de forma interna, seja em relação com os administrados em geral.

Requer-se, então, uma proteção dirigida à Administração. Nesse contexto, tem-se que a competência sancionatória atribuída ao Estado-administração, é parte do conjunto de atividades administrativas inerentes à regulação econômica. A finalidade é punir quem desrespeita preceitos normativos necessários à garantia das funções de regulação da ordem econômica (MOREIRA, 2004, p. 184).

Há discussões dogmáticas importantes⁸ sobre o conceito de sanção administrativa e suas finalidades, que podem suscitar relevantes celeumas sobre sua aplicação diante do caso concreto, porém, para o que interessa nesse ensaio, deve-se determinar que a sanção abrange violações no âmbito do Direito Administrativo-Econômico, isto é, contra a atividade interventora e regulatória do Estado nos setores regulados, pela qual cabe ao Estado preservar como parte das funções de fiscalização da economia e da atividade econômica e que, em contrapartida, possui como característica repressora, estando embutida em seu conceito, a característica educacional.

Assim, sob essa perspectiva, será abordado o tema da sanção administrativa e a impossibilidade de utilização da responsabilidade objetiva da concessionária perante o Poder Concedente, em processos administrativos sancionadores, em razão da natureza peculiar da relação que é estabelecida entre concessionária e Poder Concedente.

3 COMENTÁRIOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Em linhas gerais, a responsabilidade civil consiste no dever de reparar um dano causado, quer pelo prejuízo efetivamente decorrente de um ato ou pela violação de determinado dever jurídico originário de relações jurídicas. Ressalta-se não haver na doutrina uma unanimidade sobre os elementos estruturais do dever de indenizar e da responsabilidade civil.

Todavia, em relação a responsabilidade civil do Estado, a Constituição Brasileira de 1988, dispõe no parágrafo 6º do artigo 37⁹ acerca da responsabilidade objetiva do Estado fundada em três elementos: conduta estatal, dano e nexo de causalidade.

Exige-se para a configuração desse tipo de responsabilidade, tão somente a relação de causalidade e efeito entre o ato praticado pelo agente e o dano sofrido por terceiro, sem que se exija culpa ou dolo como pressuposto do dever de indenizar. A conduta estatal ou de quem responde pelo Estado (a concessionária, por exemplo) e o nexo de causalidade entre o dano e a ação, constitui o fato gerador dessa responsabilidade.

⁸ OLIVEIRA apresenta algumas distinções entre pena e sanção, bem como diferenciação pelo critério formal (2012, p. 65 e ss.).

⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...] § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No caso da concessionária, a delegação recebida para exploração do serviço, com correspondente contraprestação pecuniária, e a transferência da obrigação de prestação do serviço do Estado para o particular impõe que o serviço seja executado por conta e risco do delegatário, pois pressupõe a capacidade para o desempenho da atividade, assumindo, em contrapartida, o risco pela atividade prestada.

Nasce aí responsabilidade objetiva, que não é a mesma advinda da relação de consumo, mas da atividade delegada, sustentada pela previsão constitucional insculpida no já citado artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, o que dispensa nesse caso dolo ou culpa do agente, bastando apenas que haja uma ação ou omissão do Poder Público, que faz emergir da ocorrência da lesão ou da violação legal, o dever de indenizar o dano causado¹⁰.

Essa modalidade de responsabilidade é fundada na teoria do risco e no princípio da repartição dos encargos, ou seja, aqueles que detem prerrogativas e auferem lucros com a atividade estatal (delegatários do Estado ou o próprio Estado), detem também prerrogativas, que possibilitam que a atividade empreendida imponha riscos para a sociedade e, por isso, devem arcar com o dever de indenização dos prejuízos causados pela assunção do risco.

Essa responsabilidade objetiva não é absoluta como vem admitindo a jurisprudência, razão pela qual já existem julgados afastando a sua aplicação diante da ausência de qualquer dos pressupostos legitimadores da incidência desse tipo de responsabilidade, especialmente nos casos de rompimento do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente público e a consumação do dano. Sobre a responsabilidade civil objetiva, o Supremo Tribunal Federal assim ementou Acórdão em que se discute o tema e que retrata bem a consagrada teoria do risco administrativo:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.

- A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de

¹⁰ Odete Medauar esclarece: “Informada pela ‘teoria do risco’, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como ‘responsabilidade objetiva’. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexo causal ou nexo de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir.” (MEDAUAR, 2005, p. 430.)

caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.

- Os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o 'eventus damni' e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417).

- O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50). (...)."¹¹

Destaca-se a existência de variações da teoria do risco, como a corrente que potencializa a teoria para afastar quaisquer possibilidades de excludente admitindo apenas a existência do risco integral, hipótese que caberia indenização pelos danos causados em qualquer hipótese ainda que inexistentes os elementos minimamente necessários, como por exemplo, conduta e nexos causal. Exemplo de aplicação da teoria do risco é a responsabilidade por dano ambiental.

Várias são as entidades alcançadas por esse tipo de responsabilidade, a começar pelo Estado, empresas prestadoras de serviços públicos independente de sua característica (empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa privada delegatária de serviço público: autorizados, concessionários ou permissionários).

Por fim, a responsabilidade objetiva incide sobre atos ou ainda, sobre condutas omissivas, na medida em que o descumprimento do dever legal imposto imponha pelo seu descumprimento um prejuízo a ser suportado por outrem e, desde que haja nexos de causalidade entre a conduta e o dano.

Sobre o nexos de causalidade, em algumas hipóteses ou diante de algumas situações exclui-se a responsabilidade civil do Estado ou do seu delegatário, sendo elas: (i) culpa exclusiva ou fato exclusivo da vítima; (ii) culpa exclusiva ou fato exclusivo de terceiro; e o (iii) caso fortuito e a força maior.

Esses fatos, em especial, a culpa exclusiva de terceiro e o caso fortuito e a força maior abrandam a responsabilização da concessionária em ilícitos para os quais não deu causa.

¹¹ RTJ 163/1107-1108, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

Embora não exista uma unanimidade sobre os conceitos de caso fortuito e força maior, pode-se considerar como fortuito o evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou evento da natureza. E a força maior, um evento previsível mas em certo ponto inevitável ou irresistível.

GONÇALVES (2007, p. 447) assim distingue os eventos:

O caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto. Ambos, equiparados no dispositivo legal supratranscrito, constituem excludentes da responsabilidade porque afetam a relação de causalidade, rompendo-a entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima.

Assim, por exemplo, se um raio romper os fios de alta-tensão e inutilizar os isolantes, não será a empresa fornecedora da energia elétrica responsabilizada se alguém neles esbarrar e perecer eletrocutado. A menos que, informada do evento, não tome urgentes providências para sanar o problema. Se há caso fortuito, não pode haver culpa, à medida que um exclui o outro.

Todavia, a doutrina e jurisprudência têm entendido que o caso fortuito e a força maior não são considerados excludentes de responsabilidade quando o fato gerador for conexo à atividade desenvolvida pelo agente, aplicando-se a teoria do risco (ou risco proveito). Baseado nesta teoria, no entanto, é dispensável a exigência de culpa do agente já que ela se presume da própria lei.

4 RESPONSABILIDADE (SUBJETIVA) DECORRENTE DA RELAÇÃO CONCESSIONÁRIA E PODER CONCEDENTE

Diferente, no entanto, é a responsabilidade que surge da relação estabelecida entre o Poder Concedente e a delegatária do serviço público quando este descumpre os deveres decorrentes dos contratos assumidos.

A responsabilidade, neste caso, é subjetiva e pressupõe a existência de culpa ou dolo por parte do agente para que possa resultar no dever de indenizar o Estado. Essa relação que, embora de sujeição especial, por colocar a concessionária em posição de maior sujeição à administração, tem natureza diversa da abordada anteriormente, na medida em que o Poder Concedente está a exercer o seu *ius puniendi*, fazendo incidir não só os princípios de Direito Administrativo mas também os princípios de Direito Penal, aplicáveis ao processo administrativo sancionador, sendo aplicável a responsabilidade subjetiva.

Assim, diferente da responsabilidade objetiva do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, em que se exige tão somente a relação de causalidade e efeito entre o ato praticado pelo agente e o dano sofrido por terceiro, sem que se exija culpa ou dolo como pressuposto do dever de indenizar, a responsabilidade subjetiva encontra na conduta estatal ou de quem responde pelo Estado o elemento gerador dessa responsabilidade. São duas as principais diferenças da responsabilidade objetiva para a subjetiva aqui tratada.

A primeira delas é a imprescindibilidade de haver uma conduta humana como elemento gerador dessa responsabilidade. Todavia, é indiferente se a conduta humana foi causada com dolo ou culpa, ou seja, por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia. A regra é a ação, ou seja, conduta positiva. A omissão, por sua vez, consiste no dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a comprovação de que o ato não foi praticado e que dele nasceu o dano.

A culpa no sentido genérico (*lato sensu*), pode ser dividida em culpa estrita e dolo. A culpa consiste no descumprimento de um dever preexistente. Para o dolo, adiciona-se a voluntariedade.

CAVALIERI FILHO (2005, p. 59) indica os três elementos de caracterização da culpa: (i) conduta voluntária com resultado involuntário; (ii) previsão ou previsibilidade; e (iii) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção. Porém é indiferente a intensidade da culpa, ela só não pode ser presumida, como será adiante esclarecido.

O dolo, por sua vez, é uma violação intencional do dever jurídico, sendo indiferente se o dolo é eventual, não eventual ou preterdolo.

A segunda diferença é a relação de causalidade que surge entre o dano e a conduta do agente, já que se a causa do dano não estiver relacionada com o comportamento da parte, inexistente o dever de indenizar em razão da insubsistência da relação de causalidade.

Assim, na responsabilidade objetiva o nexo de causalidade depende da conduta, cumulada com a previsão legal de determinado comportamento e a responsabilização sem culpa, ou, ainda, pela atividade de risco.

Já na responsabilidade subjetiva, o nexo de causalidade se forma com a culpa genérica (dolo ou culpa estrita), já abordada. Como as teorias sobre o nexo de causalidade não são escopo do presente trabalho, tendo em vista que nos interessa apenas analisar os elementos culpa e dolo e a incidência da responsabilidade subjetiva na sanção administrativa decorrente da inobservância dos deveres legais previstos nos contratos de concessão, as mesmas não serão analisadas.

Com efeito, diante do ilícito administrativo surge a necessidade de aplicação da

sanção administrativa e a possibilidade da Agência exercer seu *ius puniendi*.

Isto porque, como anteriormente abordado, a imposição das sanções em virtude de infrações administrativas é uma das prerrogativas do Estado regulador, por isso, a aplicação da sanção pressupõe a identificação do ilícito praticado e, subsequente, o dever de reparar o ilícito.

Nesse momento, a relação que se estabelece é regida não apenas pelos princípios de Direito Administrativo mas também pelos princípios de Direito Penal, sendo, neste caso, subjetiva a responsabilidade da concessionária, razão pela qual é imprescindível a existência de culpa ou dolo da concessionária para que lhe possa ser imputada uma sanção. Essa culpa ou o dolo não podem ser presumidos, devendo ser comprovados pela autoridade administrativa. Nesse sentido, VITTA (2003, p. 44) esclarece que: “o *pressuposto de existência* do ilícito administrativo, a nosso ver, além da voluntariedade, é o dolo ou a culpa; mesmo que haja silêncio do legislador, o elemento subjetivo é de rigor – não se prescinde do dolo ou culpa do infrator.”

5 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO E PENAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

No Direito Administrativo Sancionador não se violam as bases principiológicas do regime jurídico sancionador (OSÓRIO, 2009, p. 91). Isto porque, os princípios jurídicos são proposições que conferem coerência e unicidade sistemática ao direito, logo, as relações travadas no âmbito da Administração e das quais decorrem obrigações de fazer, deixar de fazer ou ainda, de suportar um ônus, são tuteladas e estão sujeitas aos princípios de Direito Administrativo em geral, dentre os quais comparecerem com maior rigor os princípios da legalidade, eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica e confiança.

Tais princípios servem de parâmetro para o controle dos atos administrativos discricionários, como alguns autores entendem ser o caso da sanção administrativa, posição com a qual não concordamos, constituindo-se, em um limite à atuação estatal, ainda que sancionadora.

É indiscutível, no entanto, que o respeito a estes princípios tem elevado valor e importância no controle da legalidade dos atos administrativos e na segurança jurídica do Administrado e, de modo reflexo, diminuem o discricionarismo regulatório, propiciando ambiente estável, confiável, e, que, incentive uma convivência harmônica entre interesse público e privado, num contexto de legitimidade, ordem social e controle judicial.

Todavia, não se pode descartar, em razão da natureza punitiva desses processos, que eles também se sujeitam aos princípios próprios de Direito Penal e Processo Penal. Isto porque, o *ius puniedi* do estado é exercido tanto pelo poder sancionador da Administração como pelo poder sancionador do sistema penal, ambos têm reflexo na atividade empresarial moderna.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que, no exercício da atividade punitiva, os órgãos da Administração praticam atos materialmente jurisdicionais, razão pela qual devem se submeter à observância obrigatória de todas as garantias subjetivas consagradas no Processo Penal contemporâneo.¹²

Sob esse vertente, algumas questões nos parecem importantes para garantir o direito do administrado frente à administração: a correta tipificação da conduta supostamente ilícita e as garantias constitucionais resguardadas ao administrado no âmbito do direito administrativo sancionador.

A primeira delas é a tipificação do ilícito administrativo. Sob o princípio da legalidade estabelecido no art. 5º, II, da CRFB/1988, a concreta imputação de uma sanção depende de uma expressa previsão pré-determinada em Lei, para que, aplicadas adequadamente, resultem no inquestionável enquadramento do administrado.

Caso a obrigação descumprida tenha sido criada por intermédio de resolução administrativa, editada pela Agência Reguladora, sua aplicação não se dá de forma descasada da Lei que lhe fixou os parâmetros. A atuação tanto normativa como a sancionatória está limitada pelos *standards* jurídicos previstos nas leis que regulamentam a atividade econômica em questão, ou seja, dentro do espaço de competência pré-determinado nessas leis.

A segunda é a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Penal e Processo Penal aos ilícitos administrativos no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, como forma de limitar, no caso concreto, o espaço de discricionariedade e arbítrio na atuação de polícia da administração, dentre os quais, mas não somente: princípios como os da culpabilidade, presunção de inocência, individualização e pessoalidade da pena, retroatividade da norma sancionadora mais benéfica, próprios do Direito Penal mas igualmente aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador.

Sobre a aplicação dos princípios de Direito Penal, assim nos esclarece OSÓRIO (2009, p. 132):

O Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, se bem que não se

¹² STJ, MS 13791/DF, Terceira Seção, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 25/04/2011.

valham invariavelmente das mesmas técnicas, nem encontrem os mesmos regimes jurídicos, acabam adentrando núcleos estruturantes dos delitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito. O Direito Punitivo, assim encontra um núcleo básico na Constituição Federal, núcleo normativo do qual emanam direitos constitucionais de conteúdos variáveis, embora também com pontos mínimos em comum e aqui talvez resida a confusão conceitual em torno ao debate sobre Direito Público Punitivo. E é precisamente aqui que se deve compreender a unidade do Direito Sancionador: há cláusulas constitucionais que dominam tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Punitivo. Tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados em geral.

A partir dessas breves considerações, podemos constatar um direito legal e constitucional limitador da prerrogativa sancionadora da administração.

6 O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SOBRE O TEMA

Acerca da aplicação dos princípios que regem o Direito Penal e Processo Penal aos processos administrativos sancionadores, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, da qual destacamos o RMS nº 24.559/PR do Superior Tribunal de Justiça¹³ e o RE 78.917/SP do Supremo Tribunal Federal¹⁴, evidenciam o entendimento pacífico das Cortes no sentido de se aplicarem em matéria punitiva, os mesmos princípios do direito penal punitivo, em respeito aos valores e princípios que protegem as liberdades individuais e a dignidade da pessoa humana.¹⁵

Já quanto à aplicação da responsabilidade subjetiva em matéria de punições, a jurisprudência atual não apresenta um entendimento tão unânime. Contudo, destacamos a existência de decisões recentes do Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendendo que a responsabilidade da concessionária perante a Agência Reguladora é subjetiva sendo imprescindível, portanto, a existência de culpa ou dolo por parte da concessionária para que a Agência possa aplicar-lhe qualquer sanção administrativa.

¹³ STJ, RMS nº 24.559/PR, Quinta Turma, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 01/02/2010.

¹⁴ STF, RE 78.917/SP, Primeira Turma, extratos do voto do Relator, o Ministro Luiz Galotti, RTJ 71/284.

¹⁵ Destacam-se alguns julgamentos específicos sobre a aplicação dos princípios da ultratividade e da retroatividade da lei mais benéfica (vide ementa e relatório do voto do Relator, o Ministro Paulo Medina, no RO em MS nº 12.539/TO, julgado pelo STJ, DJ 26/08/2008) e sobre a impossibilidade de *reformatio in pejus* no Direito Administrativo Sancionador (vide relatório e voto do Relator, o Ministro Pedro Aciole, no RMS nº 3.252-3/RS, julgado pelo STJ em 30/11/1994).

Nos julgados do mencionado tribunal, adiante citados, reconhece-se a distinta relação estabelecida entre a Agência Reguladora e as concessionárias, reconhecendo-se também que a responsabilidade dessas em relação aos usuários do serviço seria objetiva, distinta, portanto, das relações por elas entabuladas com a Agência.

Assim, nas relações com os usuários do serviço, as concessionárias estão obrigadas a reparar eventuais danos causados independentemente da existência de culpa ou dolo (regra do (Código de Defesa do Consumidor). Contudo, no caso da relação entabulada com o Estado-administração é imprescindível a existência de culpa ou dolo e nexo de causalidade para a imputação de qualquer sanção, ficando bem estampada a diferença dos dois âmbitos de punição. Veja-se os termos da jurisprudência do Tribunal Regional da Federal da 1ª Região a seguir destacada:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESIDENTE DO BANACRE. IRREGULARIDADES EM OPERAÇÕES DE CRÉDITO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA COMPROVADA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA. LEGALIDADE.

1. O autor, Adeilson Moreira Campos, ajuizou a presente ação, a fim de elidir os efeitos da decisão proferida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN, que lhe imputou a pena de inabilitação temporária por um ano, pelo deferimento indevido de operações de créditos às clientes Acre Veículos Ltda e Marmud Cameli e Cia Ltda.

2. Em matéria de punições, não é aplicada, em nosso país, a responsabilidade objetiva, devendo restar devidamente comprovada a participação dolosa ou culposa na irregularidade que deu ensejo à instauração do processo. Precedente desta Corte.

(...)

6. Apelação não provida.¹⁶

Esse entendimento encontra amparo no Acórdão decorrente do julgamento do Recurso Especial nº 1.251.697/PR do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, que assim esclarece em seu voto:

a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.¹⁷

¹⁶ TRF1, AC 2004.34.00.003985-1/DF, 1ª Turma Suplementar, Relator o Juiz Federal Mark Yshida Brandão, e-DJF1 09/03/2012, p. 683.

¹⁷ STJ, RMS nº 1.251.697/PR, Quinta Turma, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 01/02/2010.

Trata-se o caso de processo em que se discute a aplicação do princípio da intranscendência das penas por uma multa aplicada em decorrência de infração ambiental. Fica evidente no mencionado julgamento, a necessidade de comprovação, pela Administração, da existência de culpa ou dolo do agente, quando da aplicação de qualquer sanção administrativa.

Ademais, ainda que seja reconhecida como objetiva a responsabilidade da concessionária em infração administrativa em consideração ao quanto disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, a necessária existência de nexo de causalidade entre a conduta e o ato danoso a ensejar a reparação do dano não é afastada pela jurisprudência. Mais uma vez cita-se o Acórdão do Tribunal Regional da Federal da 1ª Região, ementado da seguinte forma:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ANEEL. DANO CAUSADO A CONSUMIDORES POR CURTO-CIRCUITO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INOBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. LEI 9.784/99. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.

1. Os postulados da ampla defesa e do contraditório são de observância obrigatória não apenas no processo judicial, mas também em procedimento administrativo (art. 5º, LV, da CF/88 e art. 2º da Lei nº 9.784/99), o que se traduz "no fato de poder o acusado propor suas razões em juízo ou na administração, sem nenhuma restrição, por não existir composição justa dos conflitos sem se ouvir uma e outra parte em litígio. A defesa ampla é a essência do contraditório e ela deve ser assegurada aos litigantes, tanto no processo judicial, quanto no administrativo" (STJ, AgRg no Ag 750119 / SP, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, DJe 23/06/2008).

2. *In casu*, a determinação de ressarcimento imposta pela apelada em face das informações prestadas pela apelante cerceou-lhe o direito a ampla defesa e contraditório, na medida em que lhe foram obstadas as garantias processuais previstas pela Lei nº 9.784/1999, como é o caso da concessão de prazo para a produção das provas necessárias à comprovação da legitimidade dos requerentes (se são todos consumidores da CEMIG) e do dano efetivamente sofrido (extensão do prejuízo ocasionado aos aparelhos danificados).

3. E, ainda que assim não fosse, impõe ressaltar que, para a adoção da responsabilidade objetiva preconizada pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal, imprescindível a demonstração da conduta da Administração, o resultado danoso e o nexo de causa e efeito entre ambos, porém, com possibilidade de exclusão da responsabilidade total ou parcial na hipótese de caso fortuito/força maior e culpa exclusiva da vítima.

4. Assim, seja pela inobservância das garantias do devido processo legal administrativo, seja pela comprovação de caso fortuito como excludente da responsabilidade de indenizar, a pretensão autora merece ser acolhida. 5. Apelação provida.¹⁸

¹⁸ TRF1, AC 0033605-54.2000.4.01.3400/DF, Relator o Juiz Federal Márcio Barbosa Maia, 4ª Turma Suplementar, e-DJF1 10/04/2013, p. 73.

Esse mesmo Acórdão esclarece, ainda, que mesmo quando se tratar da responsabilidade preconizada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 (responsabilidade objetiva), o nexo de causalidade é imprescindível e não pode ser dispensável mesmo diante da hipótese de processo administrativo sancionador, visto a possibilidade de exclusão da responsabilidade em determinadas hipóteses.

Nesse sentido, referido Acórdão cita a jurisprudência formada no Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE 109615, de Relatoria do Ministro Celso de Mello para esclarecer que:

o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima.¹⁹

7 CONCLUSÃO

Em síntese, o presente trabalho aborda a aplicação das teorias da responsabilidade objetiva e subjetiva às hipóteses de aplicação de sanções administrativas em decorrência da violação dos deveres legais, contratuais e regulamentares fixados nos contratos de concessão ou na regulamentação editada pelas Agências Reguladoras.

Para tanto, iniciou-se revisando brevemente a evolução histórica do papel regulador do Estado em nosso ordenamento e discorrendo sobre o vínculo que se forma entre a concessionária e a Agência Reguladora, representando o Poder Concedente. Em seguida, tratou-se da doutrina sobre a responsabilidade civil e procurou-se estabelecer a distinção entre a responsabilidade objetiva e subjetiva da concessionária. Por fim, contextualizou-se a aplicação dos princípios de Direito Administrativo, Penal e Processual Penal nos processos administrativos sancionadores.

A partir dessa abordagem e de alguns precedentes judiciais, permite-se concluir que na relação estabelecida entre o usuário de serviço público e a concessionária, é aplicável a responsabilidade civil objetiva, na medida em que a concessionária está obrigada a reparar os eventuais danos causados aos usuários independentemente de culpa, conforme disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁹ STF, RE 109615 / Rio de Janeiro, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 02/081996.

Entretanto, na relação estabelecida entre a Agência Reguladora e a concessionária, a natureza é diversa, e, portanto, é subjetiva a responsabilidade, uma vez que a autoridade administrativa, neste caso, está exercendo seu *ius puniendi*.

Para além disso, a adoção da teoria da responsabilidade subjetiva aos ilícitos administrativos implica na impossibilidade de aplicação de sanções de natureza administrativa sem a demonstração de culpa ou dolo da concessionária nos atos faltosos pelos quais a mesma será penalizada. Tal entendimento decorre da aplicação dos princípios de Direito Penal e de Processo Penal ao processo administrativo sancionador, servindo tais princípios como instrumentos de contenção do excesso de discricionariedade na aplicação das sanções administrativas, ao imporem limites aos atos administrativos e à atuação estatal punitiva. Evidenciou-se, também, que estes princípios têm elevado valor e importância na atividade punitiva, por garantirem a necessária segurança jurídica do Administrado.

Por fim, a pesquisa jurisprudencial corrobora o exposto no presente ensaio, especialmente a adoção em nosso ordenamento jurídico da teoria da responsabilidade subjetiva quando da aplicação de sanções de natureza administrativa, assim como o fato de que os Tribunais Superiores têm entendimento no sentido da incondicional aplicabilidade dos postulados penais às faltas administrativas, razão pela qual as Agências Reguladoras, ao exercerem a prerrogativa punitiva conferida pelas Leis que as instituíram, não podem afastar-se do posicionamento atual da jurisprudência, garantindo um ambiente regulatório estável e confiável, num contexto de legitimidade, ordem social e controle judicial.

8 REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. Delegações de Serviço Público. In: LANDAU, Elena (Org.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 78.917/SP, Relator o Ministro Luiz Galotti, RTJ 71/284.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 109615/RJ, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 02/081996

_____. Superior Tribunal de Justiça. MS 13791/DF, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 25/04/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, RMS nº 24.559/PR, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 01/02/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RO em MS nº 12.539/TO, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ 26/08/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 3.252-3/ RS, Ministro Pedro Acioli, DJ 30/11/1994.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 1.251.697/PR, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 01/02/2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 2004.34.00.003985-1/DF, Relator o Juiz Federal Mark Yshida Brandão, e-DJF1 09/03/2012.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AC 0033605-54.2000.4.01.3400/DF, Relator o Juiz Federal Márcio Barbosa Maia, e-DJF1 10/04/2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. IV, São Paulo: Saraiva, 2007.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. vol. 01, tomo II, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª ed., 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas: Reflexões iniciais acerca da conexão entre os temas*. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

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

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Clarisse Sampaio. *Legalidade e Regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal. *Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.