Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Alice Bernardo Voronoff de Medeiros

Por um discurso de justificação e aplicação para o direito administrativo sancionador no Brasil

Rio de Janeiro

2017

Alice Bernardo Voronoff de Medeiros

Por um discurso de justificação e aplicação para o direito administrativo sancionador no Brasil

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Binenbojm

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M488 Medeiros, Alice Bernardo Voronoff de.

Por um discurso de justificação e aplicação para o direito administrativo sancionador no Brasil / Alice Bernardo Voronoff de Medeiros. - 2017.
279 f.
Orientador: Prof. Dr. Gustavo Binenbojm.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito administrativo - Teses. 2. Hermenêutica (Direito) - Teses. 3. Atos ilícitos - Teses. I. Binenbojm, Gustavo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.9

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Alice Bernardo Voronoff de Medeiros

Por um discurso de justificação e aplicação para o direito administrativo sancionador no Brasil

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 11 de dezembro de 2017.

Banca Examinadora:

_____

Professor Dr. Gustavo Binenbojm (Orientador)
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

_____

Professor Dr. Luís Roberto Barroso
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

_____

Professora Dra. Patrícia Baptista
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

_____

Professor Dr. Carlos Ari Sundfeld
Fundação Getúlio Vargas – SP

_____

Professor Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida
Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2017

DEDICATÓRIA

Para Duduca, Anita e Gu: obrigada por vocês existirem.

AGRADECIMENTOS

Deu certo. Começou com uma angústia. Uma perplexidade. Sentimentos que me levaram a buscar respostas. E elas surgiram, em parte e a seu tempo. Por isso já valeu a pena e me sinto imensamente recompensada. Mas não seria justa se não agradecesse a todos que tanto me apoiaram ao longo dessa jornada. Só deu certo graças a vocês.

Em primeiro lugar, agradeço à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Lá me graduei e cursei o mestrado. Tive contato com professores brilhantes que me deram subsídios para hoje estar aqui. E com um alunado também de primeira. Apesar de todas – e são muitas – as dificuldades, o ambiente acadêmico é realmente inspirador. De excelência. O doutorado foi mais uma oportunidade preciosa – e um presente – na minha vida.

Ao meu orientador e amigo, Gustavo Binenbojm, são incontáveis os agradecimentos. Obrigada pelo incentivo para que eu me doasse à tese. Por compartilhar comigo o entusiasmo pelo tema e a emoção de cada descoberta. Pelas orientações certeiras e geniais. Por tantas e tão reveladoras aulas sobre o direito administrativo desde a graduação. Especialmente, pela minha primeira aula de direito administrativo na Faculdade de Direito da UERJ. E pelo grupo de estudos sobre o princípio (ou não princípio) da supremacia do interesse público. Essas experiências mudaram minha vida. Sua dedicação, intensidade e paixão pelo direito administrativo, professor Gustavo, me contaminaram. Como sou feliz por isso. E por tê-lo por perto para continuar aprendendo. Que sorte a minha.

Um agradecimento especial aos professores Patrícia Baptista e José Vicente Santos de Mendonça, que participaram da minha banca de qualificação. De lá para cá, a tese evoluiu bastante. Impressionante como as considerações de vocês fizeram a diferença. Somente dois professores tão brilhantes – e tão dedicados ao direito administrativo – poderiam tê-las formulado.

A todos do BCB Advocacia. Aos que hoje lá estão e que por lá passaram nesses quatro anos. Por me ouvirem atentamente pelos corredores do escritório sempre que precisei desabafar sobre a tese. Estagiários (vocês foram incríveis se dividindo na revisão formal do texto, nos quarenta e cinco minutos do segundo tempo!), advogados e funcionários. Onde procurei, encontrei auxílio. Emília: seu acolhimento não teve e não tem preço. Rafael Koatz e André Cyrino: já disse, mas faço questão de registrar. Mais do que colegas profissionais, vocês são parceiros de vida. Obrigada pelas conversas, *insights*, textos e revisões. Pelo apoio incondicional. É um privilégio tê-los ao meu lado. Estamos juntos.

Raphael Werneck e Cesar Henrique F. Lima, sou imensamente grata a vocês pelas pesquisas incansáveis. Pelo engajamento e disponibilidade a qualquer hora (nas madrugadas, inclusive). Sem essa ajuda, não teria conseguido. E obrigada, Cintia Jansen, pelo conforto emocional para eu realizasse o meu objetivo.

Obrigada às minhas amigas de sempre, Carol Dias, Joe, Amanda, Pri, Dani, Tatá e Palô, por vocês existirem e estarem ao meu lado apesar das minhas faltas.

Obrigada a todos da minha família, cada um a seu jeito, pelas palavras de apoio e pela disponibilidade. Que bom fazer parte desse grupo. A vida é muito melhor com vocês. Sou grata a Maria Júlia, Jacques, Lúcia, Dedê e Jojô, por toda ajuda com as meninas. A meus pais, Maria das Graças e Sergio Voronoff. Vocês não cansam de ser incríveis. Que exemplos! Me ensinaram a ter força, persistência e caráter. Se hoje estou aqui, devo a vocês.

Gu, Ana Luisa e Maria Eduarda: obrigada por tanta paciência e compreensão. Que prova de amor (mais uma!). Juntos, caminhamos todo esse tempo. Até o último dia, sem fraquejar. Amo vocês. Mas amo demais. Vamos seguir em frente.

E obrigada a Deus e a Santo Expedito. Porque ter fé é uma bênção. Move montanhas.

RESUMO

MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff de. Por um discurso de justificação e aplicação para o Direito administrativo sancionador no Brasil. 2017. 279 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O direito administrativo sancionador no Brasil experimentou expansão significativa e acelerada, sobretudo a partir da década de 1990, impulsionado, dentre outras razões, pela regulação econômico-social. Hoje, são diversas as searas sobre as quais ele incide, submetendo os particulares à aplicação de sanções de tipos e com efeitos diversos. No plano jurídico, contudo, observa-se um cenário de forte insegurança, marcado por construções teóricas generalistas, excessivamente formais, inconsistentes e contraditórias. É comum partir-se da sanção administrativa como uma resposta automática do ordenamento jurídico à infração, como se ela fosse um fim em si mesmo. Também é usual defender-se a transposição à seara administrativa de garantias e princípios penais consagrados na Constituição da República, com fundamento na tese do *ius puniendi* único do Estado. Ocorre que essas abordagens implicam uma espécie de salto teórico: elas tratam da infração e da sanção administrativas sem antes indagar a que servem, quais funções cumprem e como operam. Em outras palavras, falta um esforço de legitimação do direito administrativo sancionador e de suas ferramentas. Uma lacuna que dá ensejo a soluções tanto arbitrárias quanto ineficientes. Daí a proposta da tese: delimitar um discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador sensível aos elementos que fazem da sanção administrativa não apenas um instrumento em prol da realização de finalidades de interesse público (e não fim em si), mas uma ferramenta distinta da sanção penal. Nesse sentido, propõe-se que um discurso teórico adequado deva considerar *(i)* as particularidades finalísticas e operacionais, *(ii)* o caráter instrumental da sanção administrativa e o sentido que ele assume, bem como *(iii)* um componente funcional associado a quem e a como se aplica o direito administrativo sancionador. Delimitados esses parâmetros, a proposta é que eles orientem o direito administrativo sancionador nas diferentes etapas de seu ciclo. *Primeiro*, na construção (ou reconstrução) dos modelos sancionatórios em abstrato, para que se revelem mais efetivos, eficientes e responsivos. *Segundo*, na interpretação e aplicação do regime jurídico do direito administrativo sancionador, tarefa para a qual o princípio da legalidade servirá de guia, dada a sua importância. *Terceiro*, na fundamentação das decisões em matéria sancionatória, já que motivações puramente formalistas, pragmáticas, excessivamente genéricas ou descoladas, em geral, dos elementos que justificam o exercício dessa potestade, tendem a ensejar mais confusões e desajustes. É verdade que essa é uma abordagem que pode se revelar complexa. De todo modo, destacou-se que um esforço de procedimentalização pode auxiliar na sua implementação. Não um procedimento específico e hermético compreendido sob a noção estrita do contraditório, mas a partir de uma ótica bem mais ampla, relacionada aos diferentes caminhos para se pensar e aplicar o direito administrativo sancionador, sobretudo quanto à delimitação de rotinas e de prioridades, na tarefa de construção de modelos e de ferramentas e no *iter* de análise apropriado a esse ramo do direito.

Palavras-chave: Direito administrativo sancionador. Infração administrativa. Sanção administrativa. *Ius puniendi* único. Discurso de justificação, aplicação e interpretação. Notas de singularidade.

ABSTRACT

MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff de. *For a speech of justification and application for Brazilian Sanctioning Administrative Law*. 2017. 279 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Brazilian Sanctioning Administrative Law has undergone an important and quick expansion process, especially since the 1990's changes in social and economic regulation. Nowadays there are many different sanctioning techniques applied to diverse settings and sectors, each one with its own impact on people's lives and activities. However, legal thought on the subject threads unsurely, relying on generalist, excessively formal, inconsistent and contradictory ideas. Scholars often believe administrative sanctions are an immediate legal consequence to regulation infringement, necessary as an end-in-itself. They also often suggest the same defense principles should apply, and the same legal guarantees should be awarded to those facing administrative sanctioning charges as to those accused of committing a crime, suggesting States' power to punish crimes (*ius puniendi)* and their authority to impose sanctions both have the same theoretical foundation. Nevertheless, these scholarly approaches have shortcomings regarding administrative infringement and sanctioning processes, because they do not consider questions such as what purpose does outlawing conducts and sanctioning them serve, and how does this process function. Concisely, there is need for legitimation to the theory and practice of administrative sanctioning. This breach in legal thought gives way to inefficient and arbitrary decisions. Hence the motive for this thesis: finding adequate justification theory, interpretation mechanisms and practical tools for the administrative sanctions legal field, considering how it can be instrumental to promoting public interests (not as an end-in-itself), while being distinct to criminal law. Therefore, I argue adequate theory must consider: *i)* administrative sanctions' singular purposes and mechanisms, *(ii)* their characteristic instrumentality and its consequences, *(iii)* the functional aspects regarding to whom and how administrative sanctions law is applied. Given this theoretical landscape, the aforementioned considerations should rule administrative sanctions theory and all stages in its constant activities cycle: *firstly*, when building or reforming sanctioning regimes, so that they can be effective, efficient and responsive; *secondly*, when interpreting and applying administrative sanctions legal rules, a step deeply inspired by the principle of legality; *thirdly*, when reasoning on administrative sanctions decision-making, because arguing with only formalist, purely pragmatic, or excessively generic ideas, or inattentively to the field's singularity, can turn sanctioning practice into a mess. Although it may be a difficult task, an effort to create procedures can help implement the proposed method. There is no room for hermetic solutions that consider only a narrow idea of the adversarial principle. Instead, I offer a broader perspective, related to the different ways of thinking and applying sanctioning administrative law, especially as regards the delimitation of routines and priorities, the task of constructing models and tools and the type of analysis appropriate to this branch of the law.

Keywords: Sanctioning Administrative Law. Administrative rules infringement. Administrative sanction. *Ius puniendi*. Justification theory, interpretation mechanisms and practical tools. Singular characteristics.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
AGU	Advocacia-Geral da União
ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BACEN	Banco Central do Brasil
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBEE	Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEJUR	Centro de Estudos Judiciários
CMN	Conselho Monetário Nacional
CONCINE	Conselho Nacional de Cinema
CONMETRO	Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CTN	Código Tributário Nacional

CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DEFRA	Department for Environment, Food and Rural Affairs
FERC	Federal Energy Regulatory Comission
FGV	Fundação Getúlio Vargas
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia
LBRO	Local Better Regulation Office
LOSMA	Lei Orgânica da Superintendência do Meio Ambiente
MP	Medida Provisória
MPF	Ministério Público Federal
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
PRD	Programa de Regularização de Débitos não Tributários
PUC-RS	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
RDA	Revista de Direito Administrativo
RDC	Resolução da Diretoria Colegiada
RDPE	Revista de Direito Público da Economia
RT	Revista dos Tribunais
SMA	Superintendência do Meio Ambiente
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TFT	Tit-for-tat
TRF 1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF 2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TRF 5	Tribunal Regional Federal da 5ª Região
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
USA	United States of America

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 15

1 **DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL: OS DESAFIOS QUE SE COLOCAM** 18

1.1 **Expansão acelerada do direito administrativo sancionador no Brasil** 18

1.2 **Direito penal e direito administrativo sancionador: idas e vindas de um fluxo contínuo, dinâmico e não linear** 21

1.2.1 O direito penal e suas questões 21

1.2.2 Fuga para o direito administrativo sancionador 26

1.3 **Um cenário de desafios para o direito administrativo sancionador no Brasil** 32

1.4 **Plano de trabalho** 34

2 **AMOSTRA DA LITERATURA ADMINISTRATIVA E PENAL SOBRE O TEMA** 38

2.1 **Enfoques predominantemente conceituais e formalistas** 38

2.2 **Alguns autores brasileiros e suas obras** 41

2.2.1 Administrativistas 41

2.2.1.1 Heraldo Garcia Vitta 41

2.2.1.2 Regis Fernandes de Oliveira 42

2.2.1.3 Daniel Ferreira 43

2.2.1.4 Rafael Munhoz de Mello 43

2.2.1.1 Fábio Medina Osório 47

2.2.2 Penalistas 52

2.2.2.1 Nélson Hungria 53

2.2.2.2 Heleno Cláudio Fragoso 54

2.2.2.3 Damásio de Jesus 54

2.2.2.4 Paulo Cesar Busato 55

2.2.2.5 Fernando Capez 55

2.2.2.6 Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú 56

2.2.2.7 Luiz Regis Prado 56

2.2.2.8 Nilo Batista 57

2.3 **Distinções fortes, fracas e a abordagem proposta na tese** 57

3 **POR QUE PUNIR? POR UM DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO,**

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR 62

3.1 **Estratégias dissuasórias e retributivas de justificação da sanção** 62

3.1.1 As teorias dissuasórias 63

3.1.2 A teoria retributiva 68

3.1.3 Pontos fortes e fracos de cada modelo teórico 70

3.2 **Por um discurso de justificação, interpretação e aplicação para o direito administrativo sancionador** 74

3.2.1 O elemento finalístico-operacional: conformação de condutas para a realização de objetivos de interesse público. Olhar prospectivo que opera, como regra, dissociado de um juízo de reprovação ético-social 77

3.2.2 O sentido da instrumentalidade para o direito administrativo sancionador: a sanção administrativa como meio de gestão e ferramenta institucional 80

3.2.3 O componente funcional: um direito que é administrativo – e sancionador. Por um equilíbrio fino 85

3.3 **Em busca de coerência, racionalidade e segurança jurídica – mas sem perder de vista o elemento formal** 94

4 **CONSTRUINDO MODELOS SANCIONATÓRIOS CONSCIENTES: A SANÇÃO ADMINISTRATIVA É A RESPOSTA CORRETA?** 99

4.1 **Advertência inicial: vale a pena ser otimista** 99

4.2 **A Regulação responsiva** 101

4.2.1 Mais ou menos regulação estatal? Um método regulatório com a virtude de estar no meio 101

4.2.2 Quando punir e quando persuadir? A estratégia “tit-for-tat” sob a ótica da racionalidade econômica 105

4.2.3 A estratégia “tit-for-tat” sob a ótica de estudos comportamentais 107

4.2.4 Pirâmides sancionatórias 111

4.2.5 Pirâmides regulatórias 114

4.2.6 Um modelo que não atira no escuro 115

4.3 **A Regulação realmente responsiva** 116

4.3.1 Por um modelo ainda mais responsivo para lidar com cenários complexos 116

4.3.2 Regulação realmente responsiva e os cinco fatores a serem considerados 118

4.3.3 Análise combinatória entre etapas e fatores relevantes 121

4.4 **A Regulação baseada em riscos** 127

4.4.1 O Relatório *Hampton* 128

4.4.2 O Relatório *Macrory* 130

4.4.3 Institucionalização da *risk based regulation* na Inglaterra e algumas críticas 133

4.5 **Modelos teóricos e a realidade brasileira** 137

4.5.1 Ao invés de um modelo ideal, é possível pensar em simplificações 137

4.5.2 Dois exemplos concretos para reflexão 141

4.5.2.1 Restrições ao direito do particular de participar de licitação e contratar com a Administração Pública 141

4.5.2.2 Multas regulatórias 146

5 **INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO BRASIL: UM ESTUDO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE** 155

5.1 **Interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador no Brasil: insegurança jurídica e arrumação das ideias** 155

5.2 **O discurso teórico de transposição de garantias do direito penal ao direito administrativo sancionador: desenvolvimento e críticas** 159

5.2.1 A matriz espanhola do discurso teórico de transposição de garantias penais ao direito administrativo sancionador 159

5.2.2 Reflexos do discurso de transposição de garantias (inclusive no Brasil): a necessidade de se construir uma identidade própria para o direito administrativo sancionador 163

5.3 **O princípio da legalidade no direito administrativo sancionador brasileiro. Parâmetros** 168

5.3.1 Legalidade no direito administrativo sancionador *versus* legalidade penal 169

5.3.2 A legalidade no direito administrativo contemporâneo em geral 174

5.3.3 O sentido da legalidade no direito administrativo sancionador brasileiro. Reserva de lei relativa e material para a definição de infrações e de sanções administrativa .. 179

5.3.3.1 Reserva legal relativa 179

5.3.3.2 Reserva legal material 184

5.3.4 Habilitação legal explícita e remissão legal suficiente 189

5.3.5 Predeterminação normativa das condutas e sanções cabíveis 199

5.3.6 O princípio da legalidade sob outra dimensão. Um *distinguishing* necessário 202

6 **FUNDAMENTAÇÃO E PROCEDIMENTO** 211

6.1 **Conceber, interpretar, aplicar – e fundamentar; reconstruindo em etapas** 211

6.2 **Legalidade administrativa e fundamentação das decisões judiciais** 214

6.2.1 A legalidade estrita como limite à instituição de infrações e de sanções administrativas: é preciso explicitar no que isso consiste 214

6.2.2 Alusão a outros princípios genéricos para sustentar certo padrão de legalidade: é preciso ter cautela 218
6.2.3 Alusão genérica ao poder de polícia: manifesta insuficiência 219
6.3 **Parecer nº 62/2012/GEADM/PROGE-ANS/PGF e uma proposta de fundamentação** 220
6.4 **Direito administrativo sancionador e procedimento** 226
6.4.1 Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico: *Regulatory Enforcement and Inspections* (2014) 229
6.4.2 Inglaterra: *UK Regulatory Enforcement and Sanctions Act* (2008) 234
6.4.3 Estados Unidos: *Revised Policy Statement on Penalty Guidelines* (2010) 237
6.4.4 Chile: *Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales* (2015) 241
CONCLUSÃO 245
BIBLIOGRAFIA 260

INTRODUÇÃO

Onipresente. No trânsito, na vigilância sanitária, no setor elétrico, no meio ambiente. Nessas e em várias outras searas.[1] O direito administrativo se alastrou. Ocupou espaços. E parte relevante desse fenômeno de "administrativização" da vida se faz sentir justamente no campo sancionatório. Ou seja, quando o particular descumpre prescrições administrativas e fica sujeito a uma medida estatal coercitiva com efeitos negativos. Ou a algumas. É que a variedade de sanções administrativas é significativa. Advertência, multa, suspensão de direitos, apreensão de mercadorias, fechamento de estabelecimentos, publicação de informações, dentre outras. Há um conjunto de gravames a cargo da Administração Pública, aplicados segundo uma lógica de comando e controle,[2] que se apresenta bastante heterogêneo.

Realmente, a rapidez com que o direito administrativo sancionador se expandiu impressiona. Não apenas em relação às matérias por ele abarcadas, mas também quanto à intensidade das punições. Para o jurista chileno Cristián Román Cordero, constata-se uma espécie de "*elefantiasis"* dos poderes sancionatórios da Administração Pública, decorrente tanto do crescimento exponencial da quantidade de órgãos e entidades administrativos revestidos dessas competências sancionatórias, como do grau de lesividade das sanções que eles aplicam.[3]

Essa já seria uma razão para se estudar o tema. Mas o interesse vai além. É que, no Brasil, a expansão acelerada por que passou o direito administrativo sancionador parece não ter sido acompanhada de uma evolução no pensamento jurídico que respondesse aos diversos desafios postos. Hoje, prevalece um cenário de enorme insegurança jurídica, em que faltam

---

[1] Como saúde suplementar, telecomunicações, óleo, gás natural e biocombustíveis, transportes públicos, atividades cinematográficas e videofonográficas, concorrência, ordenação do espaço urbano, fiscalização tributária, relações disciplinares (relativas aos servidores públicos, previstas na legislação de cada ente federativo, e ao condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, bem como ao preso provisório, conforme artigos 44 e seguintes da Lei de Execuções Penais - Lei nº 7.210/1984), licitações e contratos públicos em geral, mercado financeiro, atos de improbidade administrativa e aqueles abarcados pela Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013, proteção da infância e da adolescência (cf. infrações previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990), consumidor, dentre outros.

[2] "Em linhas gerais, há regulação por normas de comando e controle quando a estrutura normativa incidente sobre o comportamento regulado faz uso do binômio *prescrição-sanção*. A conformação da conduta privada é garantida pela previsão da sanção estatal em caso de infração. (…)." BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 153. Grifos do original. Saliente-se que, a rigor, medidas administrativas com natureza diversa podem produzir efeitos jurídicos negativos para o administrado, como a revogação de um alvará de autorização ou a interdição cautelar de um estabelecimento por razões de segurança. Na tese, considerar-se-á *sanção administrativa* aquela que pressuponha uma *infração administrativa*, *i.e.,* o descumprimento de uma prescrição cogente (um comando para se fazer ou deixar de fazer) veiculada por norma de direito administrativo.

[3] ROMAN CORDERO, Cristián. El derecho administrativo sancionador en Chile. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, ano 8, n. 16, p. 89-101, 2009.

reflexões sobre o papel, as finalidades e os efeitos da sanção administrativa, usual (mas indevidamente) associada à sanção criminal.[4] Também faltam balizas teóricas mais consistentes voltadas a orientar o aplicador do direito sobre *quando* e *como* utilizar determinados princípios e garantias no campo administrativo, ou *como* delimitar sua extensão. E é justamente esse estado de coisas incerto e pouco claro que potencializa o risco de soluções tanto arbitrárias quanto ineficientes.

Eis o ponto de partida da tese. Sugere-se uma espécie de freio de arrumação nas ideias, ou um acerto de contas necessário do direito administrativo sancionador – com ele próprio. Há pressupostos importantes que devem orientar sua justificação, interpretação e aplicação, mas que têm sido desconsiderados. Premissas teóricas que podem ser extraídas de um conjunto variado de fatores, tais como: as peculiaridades que fazem da sanção administrativa um instrumento do direito administrativo e não do direito penal (enquadramento que pode soar óbvio, mas tem gerado confusão); as características próprias do corpo orgânico que aplica e executa essas penalidades e da atividade levada a cabo por ele; os objetivos específicos associados à sanção administrativa, que não se equiparam àqueles almejados com a persecução criminal; a circunstância de que o direito administrativo sancionador se expressa de modo heterogêneo pelas diversas searas pelas quais transita; o conjunto normativo peculiar incidente sobre essas atividades, incluindo os direitos fundamentais, os princípios e preceitos democráticos e republicanos inscritos na Constituição da República, além de preocupações com eficiência e efetividade.

Em outras palavras, diante de um quadro de incongruências e compreensões equivocadas que permeiam o direito administrativo sancionador brasileiro, a proposta da tese busca: *primeiro*, delimitar e chamar a atenção para esses ruídos teóricos, que precisam ser identificados e levados a sério; *em seguida*, definir elementos para se construir um discurso de legitimação do direito administrativo sancionador no Brasil, sensível às particularidades inerentes à atividade administrativa e às exigências que lhe são próprias, ao invés de simplesmente tomar de empréstimo o arcabouço teórico desenvolvido para o direito penal.

Como se verá, essa é uma abordagem duplamente importante: *(i)* tanto para auxiliar na concepção, em tese, dos modelos punitivos administrativos, momento em que se deve perquirir se a sanção administrativa, à luz de sua específica vocação e funcionalidade, é uma resposta apropriada, efetiva e eficiente do ordenamento jurídico, em vista dos incentivos que

[4] Na tese, serão tratadas como sinônimas: as expressões *penas*, *sanções criminais (*ou *penais)* e *penalidades ou punições criminais* (ou *penais*), de um lado; e *sanções* ou *penalidades* ou *punições administrativas*, de outro. Por *penas*, referir-se-á apenas a sanções do tipo criminal.

ela pode produzir; *(ii)* quanto para orientar a interpretação, aplicação e fundamentação do regime jurídico aplicável ao direito administrativo sancionador, atualmente um dos maiores desafios da disciplina. A ideia é delimitar um garantismo que se revele adequado. Que seja capaz de proteger direitos fundamentais e ao mesmo tempo responder às diversas exigências – também constitucionais – associadas à atividade administrativa e atreladas às suas especificidades, a exemplo da heterogeneidade ínsita ao poder punitivo da Administração Pública e seu caráter dinâmico na sociedade atual.

De modo amplo, o que se defende, então, é a necessidade de um discurso jurídico que de fato justifique o exercício do poder punitivo pela Administração Pública, ao invés de apresentá-lo como um dado ou como uma espécie de competência implícita associada ao poder coercitivo estatal. Além disso, que oriente a interpretação e aplicação adequada desse ferramental, a partir de raciocínios coerentes e dotados de integridade.[5]

E isso é tanto mais relevante, como se mencionou ao início, diante da expansão acelerada por que passou e vem passando o direito administrativo sancionador, bem como da dimensão e da relevância que a disciplina assumiu nas sociedades contemporâneas. O capítulo a seguir busca descrever essa trajetória, assim como os desafios e percalços a ela associados. Tudo a colocar em destaque a importância do tema escolhido.

---

[5] A integridade é tema central da filosofia do direito de Ronald Dworkin. Ele a situa como uma terceira virtude política, ao lado da justiça e do devido processo legal, a exigir que o Poder Público atue com coerência e baseado em princípios nas relações com todos os cidadãos, assegurando-lhes justiça e equidade. Nas suas palavras: "Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo". DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 1999, p. 263-264. Na tese, alude-se a raciocínios coerentes e íntegros também nesse sentido, *i.e*., como entendimentos e construções que busquem fundamento em um sistema harmônico e congruente de variáveis peculiares ao direito administrativo sancionador. A ideia é contribuir para um discurso que promova maior entendimento pela fidelidade a premissas hoje desconsideradas, em grande medida, em soluções estritamente formais e simplistas sobre o tema. De toda forma, ver-se-á que o conjunto de fatores relevantes a serem considerados (como ingredientes para esse alinhamento das ideias) é mais eclético, pois abarca elementos finalísticos, operacionais, funcionais e formais e valoriza a abordagem instrumental e pragmática do direito administrativo sancionador e de suas ferramentas.

1 **DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL: OS DESAFIOS QUE SE COLOCAM**

1.1 **Expansão acelerada do direito administrativo sancionador no Brasil.**

No Brasil, a expansão acelerada do direito administrativo sancionador guarda forte relação com o perfil de atuação do Estado nas ordens social e econômica, sobretudo a partir da década de 1990. Com efeito, o programa de reforma do aparato burocrático e as diversas privatizações e desestatizações implicaram, como contraponto à retirada do Estado da posição de agente econômico direto, a prevalência de estratégias de regulação econômico-social.[6] Os mais diversos órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta foram investidos de amplas competências regulatórias, com destaque para os atores especificamente criados para esse fim: as agências reguladoras.[7]

Seguindo-se essa onda regulatória, multiplicam-se normas de conformação de atividades privadas ou de regulação de serviços públicos cuja execução tenha sido delegada a particulares. O Poder Público, então, por meio de lei e de atos normativos infralegais, passou a fixar balizas para o exercício de atividades social e economicamente relevantes. E, como consectário lógico, observa-se a maior presença da máquina sancionatória da Administração Pública, que busca assegurar a conformidade da atuação desses agentes por meio da fiscalização e da punição.

Some-se a isso o perfil das sociedades atuais, mais dinâmicas e permeadas de riscos,[8] o que certamente contribui para a expansão da atividade sancionatória da Administração. Na

---

[6] No Brasil, o modelo de Estado Regulador consolidou-se a partir da década de 1990, ao tempo das privatizações e desestatizações. Até então, prevalecia o modelo de intervenção direta do Estado na economia, seja para a prestação de serviços públicos, seja para a exploração de atividades econômicas em sentido estrito, sob a forma monopolística ou concorrencial. Foi à medida que o Poder Público se retirou da posição de fornecedor direto de bens e serviços, delegando ou devolvendo tal função à iniciativa privada, que ganharam destaque as estratégias de intervenção indireta sobre o domínio econômico, como a regulação e o fomento. A regulação econômico-social abrange o "(...) conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis". ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37.

[7] A criação destes entes ganhou expressiva força no contexto da Reforma Administrativa do Estado brasileiro, na década de 1990. V. CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.) *Regulação e Agências Reguladoras*: governança e análise impacto regulatório, Brasília: ANVISA, 2009. p. 53-86.

8 A respeito da sociedade de riscos, v. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010; e TORRES, Ricardo Lobo. A segurança jurídica e as limitações constitucionais ao poder de tributar. *Revista Eletrônica de Direito do Estado* (REDE), Salvador, n. 4, 2005. Disponível em: <https://goo.gl/fdXsyD>. Acesso em: 16 dez. 2016.

atualidade, espera-se que o Estado responda aos mais diversos receios dos indivíduos, relacionados a fatores como novas tecnologias, aquecimento global, engenharia genética e energia nuclear.[9] Há uma demanda global por respostas rápidas e eficientes, que acaba tornando inviável que a repressão opere apenas no campo penal (ou preponderantemente nele), no qual, historicamente, as amarras ao poder punitivo estatal são mais rigorosas.

Em matéria de riscos, aliás, ganham destaque as preocupações em torno da segurança pública e das novas formas de criminalidade.[10] O terrorismo, o crime organizado e o mercado ilegal desafiam os métodos repressivos tradicionais e incentivam o maior uso de "armas" do direito administrativo (como alternativa ou em reforço à disciplina penal). Por exemplo, há uma demanda por medidas coercitivas mais urgentes, como a sanção administrativa de perdimento de bens que atravessem de forma ilegal as fronteiras do país, prevista na Lei federal nº 10.833/2003 e aplicável pela autoridade aduaneira. Em outros casos, por um regime fiscalizatório mais estratégico e eficaz, como aquele estabelecido pela Lei nº 9.613/1998, que impõe um conjunto de deveres associados à prestação de informações e comunicações ao Poder Público no combate a crimes de lavagem de dinheiro, sob pena de os particulares ficarem sujeitos a penalidades administrativas. Mais ainda, por respostas estatais enérgicas o suficiente para lidar com a guerra ao terror, como o foi o USA Patrioct Act,[11] que ampliou os poderes da Administração Pública para restringir direitos e sancionar os particulares, em uma espécie de estado de exceção permanente.[12] Ou seja, por meio de respostas estatais a princípio excluídas do controle pelo direito,[13] ou no máximo submetidas a um controle *a posteriori*,[14] diante da impossibilidade de se antecipar quando e como agir em meio à guerra ao terror.

---

[9] A respeito da atividade de regulação na sociedade de riscos, v. SUNSTEIN, Cass R. *Laws of fear*: beyond the precautionary principle. New York: Cambridge University Press, 2005. Especificamente quanto à relação entre regulação e tecnologia, v. MOSES, Lyria Bennett. How to Think About Law, Regulation and Technology: Problems with 'Technology' as a Regulatory Target. *Law, Innovation and Technology*, v. 5, n. 1, p. 1-20, 2013. Disponível em: <https://goo.gl/SGVxWN>. Acesso em: 16 dez. 2016.

[10] São precisas as colocações de Paulo Otero nesse sentido: "Os acontecimentos de 11 de setembro de 2001, invertendo a convicção de que o progresso da consciência da liberdade era o sentido último da história universal, fazendo da segurança um valor nuclear, reconduziram Hobbes ao estatuto de vencedor da História: (...) (ii) Num cenário de sociedade global de 'risco difuso', verificando-se a omnipresença e a imprevisibilidade de riscos contra a segurança de pessoas, de bens e do próprio Estado, o princípio da prevenção, por via da precaução, confere à atividade policial e preventiva da Administração Pública um papel central no combate ao terrorismo e à criminalidade organizada, numa espécie de 'estado de emergência permanente'". OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*, v. 1. Coimbra: Almedina, 2013, p. 133-134.

[11] Ato normativo editado pelo Congresso norte-americano em outubro de 2001, a pedido do então presidente, George. W. Bush, em resposta ao ataque terrorista de 11 de setembro de 2001. *USA Patrioct Act of 2001*.

[12] Na seara dos estudos filosóficos, o tema se destaca na obra do professor Giorgio Agamben: AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

[13] É a opinião de Adrian Vermeule, para quem o Direito Administrativo carrega em sua estrutura "buracos negros" e "cinzentos", isto é, domínios em que a lei, a jurisprudência e as práticas institucionais, explícita ou implicitamente, isentam o Poder Executivo de controles jurídicos. Para defender suas ideias, Vermeule ampara-se na construção de Carl Schmitt acerca da relação entre legalidade e emergências. A seu ver, diante da

Mas há talvez uma causa ainda mais peculiar para essa expansão acelerada do poder sancionatório da Administração Pública. Comunga-se, hoje, de uma espécie de frustração generalizada com a efetividade do direito penal, que incentiva a adoção de respostas alternativas, nos campos cível e administrativo, não raro bastante gravosas (já que criadas justamente para gerar a sensação de combate à impunidade).[15] Disso é exemplo a Lei brasileira anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), como se extrai expressamente de sua exposição de motivos.[16] O diploma prevê a responsabilização objetiva, nas esferas administrativa e civil, de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração pública nacional ou estrangeira. Os tipos são bastante genéricos[17] e as sanções envolvem multas altíssimas, que podem variar de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da pessoa jurídica, conforme o art. 6º da Lei.

Na verdade, esse é um movimento que pode ser inserido em um contexto ainda mais amplo. Refere-se a uma espécie de crise de identidade do direito punitivo estatal como um todo, que alavanca fluxos não lineares e contraditórios, ora de "administrativização" de condutas antes disciplinadas pelo direito penal, ora de criminalização de atividades até então tratadas como infrações administrativas. É também cada vez mais comum, aliás, a superposição das duas estratégias punitivas.

Em qualquer desses casos, trata-se de fluxos inerentes à dinâmica de organização das sociedades e de seus ordenamentos jurídicos. Afinal, é natural e esperado que as estratégias de repressão estatal variem no curso do tempo, embaladas pelas mudanças nas demandas sociais.

---

incapacidade do Direito de antever e regular o estado de exceção (atrelado a circunstâncias mutáveis e imprevisíveis), os buracos negros e cinzentos seriam inevitáveis. VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, v. 122, p. 1095-1149, 2009.

[14] Como defende A. V. Dicey, exposta em DYZENHAUS, David. Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order? *Cardozo Law Review*, v. 27, p. 2.005-2.040, 2006. Disponível em: <https://goo.gl/B63jif>. Acesso em: 16 dez. 2016.

[15] Nas palavras de Fábio Medina Osório: "Uma profunda desconfiança em relação aos sistema penal, concretamente dirigida aos juízes dessa área especializada, reforça as reformas tendentes ao alargamento do espectro de incidência das normas sancionadoras de improbidade, abrindo espaço a outras normas similares, em setores diversos". OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 296.

[16] "Observe-se que o presente projeto optou pela responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, porque o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção. A responsabilização civil, porque é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como por exemplo o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário; e o processo administrativo, porque tem-se revelado mais célere e efetivo na repressão de desvios em contratos administrativos e procedimentos licitatórios, demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade". Disponível em: <https://goo.gl/j66x5K>. Acesso em: 27 jul. 2017.

[17] V. o art. 5º, que contém tipos como "impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;" (inciso IV, "b"), e "dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional" (inciso V).

Os desafios que se colocam não passam por frear ou estimular essas tendências, mas por esclarecer as confusões dogmáticas que surgem a partir delas. É que essa espécie de "promiscuidade" entre os dois ramos do direito tem levado a conclusões equivocadas no que tange ao papel e à função desempenhados pelo direito administrativo sancionador e suas ferramentas. Antes de identificá-las, cumpre traçar um breve histórico da evolução dos direitos penal e administrativo sancionador e da forma como eles se comunicaram ao longo do tempo.

1.2 **Direito penal e direito administrativo sancionador: idas e vindas de um fluxo contínuo, dinâmico e não linear.**

1.2.1 O direito penal e suas questões.

Foge ao escopo da tese discorrer de forma analítica sobre o direito penal. A intenção deste tópico é pontuar algumas noções sobre o *papel* e as *finalidades* associados aos crimes e às penas. Afinal, que espécies de condutas devem ser disciplinadas por esse ramo jurídico? Para atingir quais objetivos? Como essas percepções se manifestaram no curso do tempo?

Em sua vertente clássica ou liberal, de inspiração iluminista, o direito penal foi concebido sob um olhar subsidiário, fragmentário, de intervenção mínima. Como explica Cezar Roberto Bitencourt, a teoria passou por importantes transformações na segunda metade do século XVIII, para remover *"(...) velhas concepções arbitrárias: os filósofos, moralistas e juristas dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem"*.[18] Assim é que, contrapondo-se à noção da pena nos Estados de base teocrática (em que equiparada a um castigo divino) e no Estado Absoluto (em que utilizada como instrumento de terror ilimitado), o Estado liberal clássico, de Direito, buscou construí-la como uma resposta juridicamente delimitada, orientada por valores como o da igualdade formal.[19]

---

[18] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral 1. 15ª ed. rev. atul. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

[19] Tal como explica YOKAICHIYA, Cristina Emy. *A finalidade da pena nos crimes contra o meio ambiente.* Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 13-14.

Trata-se, portanto, de uma elaboração teórica centrada no indivíduo e na proteção de suas liberdades,[20] que justamente por isso enxerga a intervenção penal como *ultima ratio, i.e.*, como ação do Estado justificável se e quando necessária à proteção das liberdades individuais asseguradas no contrato social. Também em nome das liberdades, o direito penal clássico se preocupa em assegurar aos indivíduos um conjunto de garantias voltadas a fazer frente ao arbítrio estatal, o que inclui direitos como os de defesa e à não autoincriminação, princípios como do *in dubio pro reo*, da causalidade e da proporcionalidade,[21] além da exigência de reserva legal estrita. Ainda nessa acepção, a pena é tida como um gravame marcadamente repressivo e de caráter retributivo. Uma vingança merecida pelo infrator e aplicada pelo Estado em nome da sociedade, com vista a repreender condutas atentatórias aos valores ético-sociais e bens jurídicos mais caros ao convívio social.

Mas a sociedade e as relações interpessoais evoluíram, apresentando-se cada vez mais complexas e dinâmicas. E nesse fluxo contínuo, o direito penal clássico tornou-se insuficiente para lidar com os mais diversos riscos e danos mapeados nas esferas social, econômica e comercial. Até porque ele teria sido desenvolvido para combater a criminalidade dos pobres e excluídos, e não os delitos típicos das camadas sociais mais abastadas.[22]

Daí as iniciativas em prol de uma ampla reinvenção das suas bases, com vista a abranger de forma mais igualitária os novos focos e tipos de criminalidade contemporâneos. Isso implicou sua expansão a diferentes áreas de tutela, com destaque para os segmentos econômico e tributário. Mais: levou a uma importante mudança de foco, agora não mais voltado diretamente à proteção dos indivíduos propriamente ditos, mas de bens jurídico

---

[20] Segundo Alexandra Comar de Agostini e Arnaldo Hossepian S. L. Junior: "A preocupação com a hipertrofia do Direito Penal como forma de regular a vida em sociedade é algo que já preocupava Beccaria, em pleno século XVIII. Essa ideia, a de restringir ao Direito Penal a proteção de valores indispensáveis ao desenvolvimento humano, atendendo, assim, às legítimas demandas da sociedade, busca restituir à legislação penal uma eficácia social duradoura, capaz de reduzir a criminalidade, além de consagrar novos bens jurídicos de fato caros para a construção e manutenção da paz social". AGOSTINI, Alexandra Comar de; L. JUNIOR, Arnaldo Hossepian. A invasão incondicional da Lei Penal e o Direito Administrativo Sancionador como mecanismo de legitimação e controle do poder punitivo do Estado. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coords.). *Direito Administrativo Sancionador*, São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 15-32, p. 17.

[21] SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade*: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. [S.l.: s.n., 20--]. Disponível em: <https://goo.gl/UbWMiv>. Acesso em: 25 set. 2017.

[22] O seguinte comentário de Sérgio Salomão Shecaira, a propósito da criminologia crítica, reflete essa mudança de eixo: "a criminologia crítica distingue, pois, entre os crimes que são expressão de um sistema intrinsecamente criminoso (criminalidade do colarinho-branco, racismo, corrupção dos agentes estatais, crime organizado, belicismo) e o crime das classes mais desprotegidas. Para aqueles, defende-se uma maximização da intervenção punitiva (nas origens defendeu-se a própria intervenção punitiva, já que muitas dessas condutas não eram criminalizadas); para estes, ao contrário, defende-se uma minimização da intervenção punitiva, quando não a própria descriminalização da conduta, bem como a substituição das sanções estigmatizantes por não estigmatizantes na pequena criminalidade pessoal/patrimonial". SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 316.

supraindividuais e coletivos postos em risco pela atuação articulada de empresas e representantes das elites.[23]

É verdade que não faltaram críticas. De forma incisiva, Winfried Hassemer destaca que o novo direito penal estaria permeado por problemas[24] de legitimidade, eficácia (por conta de um déficit de execução) e expansão exagerada.[25] Isso porque,

> [p]ara cobrir as lacunas deixadas no Direito penal por tal déficit de execução, tendo em conta a dificuldade de se estabelecer regras precisas de imputação pessoal e investigação processual, o Direito penal moderno lança mão, segundo Hassemer, das duas principais ferramentas de prevenção geral: crimes de perigo abstrato e o Direito penal simbólico.
> Este modo de previsão da normativa estaria transformando o Direito penal contemporâneo em uma espécie de *soft law*, equivalente à qualquer outra forma de intervenção jurídica, sem diferenciar a idoneidade de outras áreas para a solução de conflitos.[26]

Nessa versão contemporânea do direito penal, os bens jurídicos teriam deixado de ser um limite à criminalização (como eram concebidos na sua vertente clássica) e se tornado pressupostos para a intervenção estatal. A função principal da pena teria passado da retribuição à precaução, convertendo-se, por conseguinte, em um meio de direcionamento social. [27] Em outras palavras, em um instrumento político de contenção eficiente de danos e

---

[23] "Em largos traços, seriam expressões do Direito penal moderno a criminalidade empresarial, o Direito penal da globalização, marcado pelos novos riscos, os "eurodelitos", e o Direito penal do inimigo. Situado na transição entre um modelo de Estado liberal e um Estado social intervencionista, posterior à segunda Guerra Mundial, tal é o cenário social onde floresceria o Direto penal moderno, muito mais conectado à disciplina das atividades econômico-financeiras, usando o Direito penal com fins de organização, prevenção e tutela antecipada". OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 29.

[24] Essa postura crítica pode ser notada em: HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. 2ª ed., 1ª reimp. Buenos Aires, 2003. O autor é identificado como um dos porta-vozes da chamada Escola de Frankfurt, que se identifica "(...) pelos seus elementos críticos ao Direito penal atual, e pela tentativa de encontrar novas alternativas para o controle da criminalidade, com tendências abolicionistas mais ou menos radicais. São especialmente refratários à tutela penal da ordem econômica, (...) identificando o Direito penal econômico como um aspecto do expansionismo penal das últimas décadas". OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 16.

[25] Tais críticas estão usualmente associadas ao chamado direito penal simbólico. Veja-se: "o recurso ao Direito Penal surge, então, como medida instantânea de controle das insatisfações da sociedade no tocante à insegurança, desenvolvendo o que se designou como 'Direito Penal simbólico', apontado por Winfried Hassemer como um dos fenômenos da crise do Direito Penal. Assim, ao procurar se eximir de tarefas próprias de um agente social de bem-estar, o Estado se utiliza apenas de seu aparato repressivo na condução do tratamento do delito.". CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. O direito penal do inimigo como quebra do Estado de Direito: a normalização do Estado de Exceção. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 14, n. 18, p. 74-88, jan./jun., 2016, p. 79.

[26] OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 21

[27] Nesta linha, Hassemer explicita que: "até mesmo a ideia de prevenção perde sua finalidade de recuperação individual ou social e se consolida como um instrumento efetivo e altamente intervencionista da política frente a violência e o delito. A sociedade, ameaçada pela violência e pelo delito, se vê posta contra a parede. Em sua percepção, ela não se pode dar ao luxo de um direito penal entendido como proteção da liberdade, como uma espécie de 'Carta Magna do delinquente'". HASSEMER, Winfried. *Op. cit*., p. 52. Tradução livre.

riscos nas mais diversas searas sociais e econômicas,[28] bem como de proteção aos interesses difusos associados a novas realidades. Em qualquer dos casos, uma ferramenta dissociada (ao menos imediatamente) do viés de garantia das liberdades individuais e dos valores constitucionais mais caros.[29] Como observa Jesús-María Silva Sanchez:

> Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de *novas realidades* que antes não existiam – ou não com a mesma incidência – e, em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de *realidades tradicionalmente abundantes* que em nossos dias começam a manifestar-se como "*bens escassos"*, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico.[30]

Essa busca pela tutela eficiente de direitos transindividuais incentivaria não apenas o recurso mais frequente à tipificação de delitos de perigo abstrato,[31] como a adoção de novos meios e tecnologias voltados a acelerar as condenações, a exemplo da interceptação de comunicações. Além disso, notabiliza-se nos direitos penal e processual penal brasileiro a expansão da utilização de mecanismos consensuais, a exemplo do instituto da delação premiada, com preocupações atreladas à agilidade e à economia.[32] Tudo em nome da maior segurança social – ainda que, em alguns casos, em detrimento da liberdade.

---

[28] "Enquanto o Direito penal d'antanho se ocupava da proteção da vida, do patrimônio, da honra e pouco mais, o Moderno Direito penal tem como tarefa ocupar-se da proteção de bens jurídicos que não só não encontram correspondência com um objeto material corpóreo, como às vezes são de complexa identificação, tais como o ambiente, as relações jurídicas de consumo, o mercado de capitais ou a economia popular". BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal*: parte geral, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.

[29] "Modificaram-se todas as fases de atuação do Direito penal, primando por noções de eficiência, economia e segurança, deixando-se em segundo plano garantias constitucionais (inviolabilidade de comunicações, presunção de inocência) e princípios tradicionais do Direito penal (*ultima ratio*, lesividade, fragmentariedade), bem como os demais limites de sua atuação, e seus objetivos de proteção de direitos humanos. Este processo seria, em parte, reflexo da desorientação político criminal proveniente do medo frente ao risco: a perda da confiança nos instrumentos estatais de controle que alimentam a demanda pelas penas e controle de riscos". OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 44.

[30] SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 29. Grifos do original.

[31] Nas palavras de Claus Roxin, os crimes de perigo abstrato são: "aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha de ocorrer um resultado de exposição a perigo". ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. fundamientos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 404.

[32] "Uma das principais concepções projetadas nesse sentido diz respeito às ideias de aceleração e simplificação procedimental, que almejam abreviar o caminho necessário para a imposição de uma sanção penal, cujo maior expoente é a justiça negocial, essencialmente representada pelo instituto da barganha. Tal fenômeno representa tendência contemporânea do reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal, por meio do seu reconhecimento de culpabilidade e/ou da incriminação de terceiros, visando a

De mais a mais, ao lado dos tipos de perigo abstrato, o direito penal contemporâneo foi invadido por leis com caráter acentuadamente simbólico. Isto é, diplomas com forte apelo moral editados, sobretudo, para atender a anseios populares, mas destituídos de uma real pretensão de aplicabilidade. Essas seriam medidas imediatistas, concebidas em situações de emergência ou como resposta a calamidades públicas e desastres, *e.g.*, mas dissociadas de um programa criminal sério e de longo prazo.[33]

Enfim, a visão é de um direito penal que passou de limite à intervenção estatal a um poderoso aliado dos cidadãos no combate aos riscos e ameaças que recaem sobre eles.[34] Um campo em que o Estado deixou de ser o Leviatã para se tornar um *"(...) parceiro no combate à criminalidade e aos riscos da sociedade moderna; e os direitos humanos fundamentais, objeto de proteção constitucional, já não são direitos de proteção contra o Estado, mas um obstáculo à eficiência do Direito penal*".[35]

Exatamente por isso, os adeptos do minimalismo penal defendem que esse ramo jurídico resgate a sua origem. Retorne ao seu núcleo duro, identificado com a defesa dos bens mais sensíveis à sociedade, como a vida, a liberdade sexual, a integridade física e o patrimônio. Segundo Hassemer, o direito penal deve recair sobre as condutas incorporadas socialmente e por isso conhecidas pelos indivíduos independentemente do acesso às leis. Em torno delas já haveria um senso comum de ilícito e injusto, apenas chancelado (e não criado, artificialmente) pelo direito.[36] Já os crimes contemporâneos, típicos da seara econômica,

---

facilitar a atividade acusatória ao afastar o imperativo de comprovação integral dos fatos incriminatórios – a partir de provas licitamente produzidas pelo acusador público – e a anular a postura defensiva de resistência à denúncia". VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da PUC-RS, Porto Alegre, 2014, p. 11-12.

[33] "Essa expansão do Direito Penal – muitas vezes determinada pela necessidade de responder imediatamente a processos de radicalização da insegurança social e rechaço aos riscos – leva à produção de tipos penais meramente simbólicos, ou seja, à criação de figuras penais atécnicas, desprovidas de elementos de razoabilidade, que mais comprometem a estrutura do sistema penal do que contribuem para seu aparente fortalecimento. O açodamento na construção de tipos delitivos muitas vezes compromete os parâmetros de proporcionalidade exigidos para um sistema eficiente." BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; e PÜSCHEL, Flavia Portella (Orgs). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 167-202, p. 177. V. também: YOKAICHIYA, Cristina Emy. *Op. cit*.

[34] Ainda sobre o direito penal nas sociedades de risco, v. ROMA, Rodrigo da Silva. *Sociedade de risco e bens jurídicos-penais transindividuais*: argumentos favoráveis à legitimação no contexto social complexo. Dissertação - (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

[35] OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit*., p. 44-45.

[36] Cf. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.,* p. 57.

careceriam de igual reprovabilidade social. Justamente por isso, aliás, em razão dessa perda de sentido comunicativo, a intervenção criminal se afiguraria ilegítima.[37]

Todo o exposto aponta para uma espécie de crise de identidade do direito penal. Da concepção clássica à vocação assumida nas sociedades de risco, os juristas debatem a abrangência que os seus institutos e ferramentas podem e devem assumir. É em meio a essas discussões que se insere a possível (para alguns, necessária) transferência de ilícitos penais a outros campos do direito. Especialmente, para o direito administrativo sancionador.[38]

1.2.2 Fuga para o direito administrativo sancionador.

A rigor, a comunicação dinâmica entre as searas penal e administrativa vem de há muito, em uma trajetória nem sempre linear e marcada por fluxos contraditórios. Houve momentos na história em que se puderam observar políticas sancionatórias mais centradas em modelos penais, ao passo que, em outros, os modelos administrativos prevaleceram. Fluxos sempre calibrados pelas circunstâncias específicas de cada ordenamento jurídico.

Mencionou-se no subitem acima que, na segunda metade do século XVIII, as revoluções liberais buscaram impor limites ao poder punitivo estatal, mediante a definição de um direito penal garantista. Essa foi uma estratégia voltada também a "aprisionar" – pelo regime penal – infrações mais graves[39] antes inseridas na lógica do Estado de Polícia,[40]

---

[37] Para Manuel da Costa Andrade: "Se do Direito Penal geral passamos para o Direito Penal Econômico, o primeiro problema que se depara é o da validade, pertinência e utilidade do recurso ao conceito de bem jurídico. Mais precisamente, o problema de saber se o Direito Penal Económico protege bens jurídicos distintos e autônomos ou se pelo contrário, como prefere, por exemplo, Hassemer, a autonomização deste ramo de direito se deve apenas ao – aparecimento (nas sociedades modernas) de novas possibilidades de lesão dos bens jurídicos pré-existentes". ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia – Dec.-Lei n° 28/84, de 20 de Janeiro. *Direito penal econômico e europeu*: textos doutrinários: v. 1: problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 398.

[38] Defendendo essa transferência na Colômbia, v. PINILLA, Nilson. Fundamentos de Derecho Administrativo Sancionatorio, 11 *Derecho Penal y Criminologia* v. 75, n. 100, 1989.

[39] Ao tempo das revoluções liberais, pretendeu-se frear o poder punitivo nas mãos da Administração sob a bandeira dos princípios clássicos que buscavam um direito penal legalizado e judicializado, pautado nas máximas "nullum crimen, nulla poena sin lege" e "nulla poena sine legale iudicium". QUINZACARA, Eduardo Cordero. El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. *Revista de Derecho*, v. 25, n. 2, p. 131-157, dez., 2012, p. 133.

[40] Isto é, de um Estado (absoluto, tirânico), contraposto ao Estado de Direito, em que os assuntos de polícia, a cargo do Poder Executivo, encontravam-se fora do direito e não eram, portanto, passíveis de controle. Nas palavras de Jorge Reis Novais: "A partir do dever que o Príncipe tem, enquanto 'primeiro servidor do Estado', de providenciar o bem-estar geral, atribui-se-lhe, através do *jus politiae*, a possibilidade de - pessoalmente ou por intermédio dos funcionários do Estado – intervir sem limites em todos os domínios, dos mais aos menos importantes, desde que o próprio Príncipe o considere necessário para a prossecução do bem público (...) O Estado de Polícia confirmava-se, pois, no essencial, como Estado acima do direito, já que este artifício engenhoso de distinguir duas personalidades no Estado traduzia, quando muito, uma submissão parcial".

submetendo-as ao controle do Poder Judiciário, e não mais, exclusivamente, ao arbítrio da Administração. Foi um momento, portanto, de um fluxo pró-criminalização em países como Alemanha, França, Itália e Portugal.[41]

Após a II Guerra Mundial, essa tendência se inverte em parte do mundo. O advento do Estado de bem-estar social, com a assunção pelo Poder Público de uma série de atividades antes conduzidas pela iniciativa privada nos campos social e econômico, implicou uma maior utilização das sanções administrativas para viabilizar as novas tarefas. Somado a isso, alguns países europeus, ancorados na teoria penal garantista, iniciaram movimentos para se restringir a abrangência que o direito penal havia atingido. Alemanha, Itália e França[42] caminharam nesse sentido, descriminalizando infrações tidas como menos graves.[43]

O referido fluxo de "administrativizacão" de infrações teve novo impulso na Europa a partir da década de 1970. Não apenas pela influência do direito penal mínimo,[44] mas por razões de ordem prática relacionadas à sobrecarga dos tribunais.[45] Viu-se na transferência de

---

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 37-39. V. ainda, BINEBOJM, Gustavo. *Op. cit*, p. 29; e QUINZACARA, Eduardo Cordero. *Op. cit*, p. 134-136.

[41] Como explica Ana Carolina Carlos de Oliveira: "O que se verifica nestes países (Itália, França, Alemanha, Portugal) é a 'penalização' dos ilícitos administrativos, ou seja, sua transferência para o Direito penal, com a consequente redução do âmbito de regulação do Direito administrativo. Nesse cenário, o Direito administrativo sancionador manteve uma função apenas residual, com a finalidade de reduzir o arbítrio e poder pretorianos. Não há, contudo, uma evolução histórica inteiramente uniforme entre os países europeus, no que concerne ao desenvolvimento do Direito administrativo sancionador. Áustria e Suíça, por exemplo, não seguem a tendência supracitada, e mantêm a potestade sancionadora. Como consequência, nestes dois últimos países houve um desenvolvimento mais acentuado do sistema de garantias respeitado para a imposição de sanções administrativas" OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 89-90.

[42] Ratificando essa trajetória na França, v. BREEN, Emmanuel. Country Analysis - France. In: JANSEN, Oswald (Ed.). *Administrative Sanctions in the European Law*. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 195-212. p. 204-208.

[43] "Nesse contexto, a teoria do Direito administrativo sancionador surge na Alemanha, inicialmente, como uma reação à hipertrofia do Direito penal acessório, sobretudo no campo econômico, e em compasso com as tendências descriminalizadoras. Este processo, como veremos, fez parte do amplo movimento de descriminalização operado na década de setenta, sob os influxos da teoria penal garantista que toma corpo nos países em comento, em especial em território alemão e italiano". OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit*., p. 91. Adiante, a autora explica que: "Este processo [de despenalização] ocorre, com diferentes nuanças, em grande parte dos países de tradição germânica do Direito penal, pelas mais diversas razões: as maiores reservas ao uso do Direito penal em virtude de sua instrumentalização pelos estados fascistas durante a II Guerra mundial, o fortalecimento da dogmática minimalista do Direito penal e da criminologia, e até mesmo o contexto sócio-econômico que emoldura estas transformações". OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de . *Op. cit*., p. 119.

[44] Na Alemanha, foi determinante a influência de Claus Roxin em prol do papel subsidiário do direito penal, que deveria funcionar como *ultima ratio*. V. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais do direito penal*. Lisboa: Veja, 1998.

[45] "Sistematicamente, têm sido invocados vários (bons) argumentos para a transferência do poder punitivo para o campo administrativo: i) necessidade de descongestionamento dos tribunais criminais, libertando-os de "bagatelas penais"; ii) prevalência dos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade do Direito Penal (reserva da intervenção penal para situações reveladoras de uma maior intensidade da ilicitude intrínseca ao ato); iii) aproveitamento dos recursos e das habilitações técnicas da administração pública, com vista ao combate de ilícitos dotados de uma maior tecnicidade; e iv) celeridade na repressão do facto (simplicidade substantiva e processual)" Cf. LEITE, Inês Ferreira. A autonomização do direito administrativo sancionatório, em especial, o direito contraordenacional. In: CARVALHO, Ana Celeste; ABREU, Margarida Reis (Orgs.). *Regime geral das*

infrações menos graves ao campo administrativo a possibilidade de se agilizar a resposta estatal e obter maior eficiência em ambas as searas – penal e administrativa.[46]

Em alguns ordenamentos jurídicos, como na Alemanha,[47] Itália[48] e Portugal, esse processo de descriminalização levou à criação de uma categoria de ilícitos com nuances próprias, referidos como ilícitos de contraordenação ou de mera ordenação social. Eles seriam um *menos* em relação à sanção penal, por não implicarem privação de liberdade, porém um *mais* em relação às sanções administrativas em geral então existentes, tendo em vista o seu

---

contraordenações e as contraordenações administrativas e fiscais. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 33-34.

[46] Como consignou o Tribunal Europeu de Direitos humanos na Sentença de 21 de fevereiro de 1984 (referente ao caso Öztürk), a propósito do processo de descriminalizaçao levado a cabo na Alemanha: "Pelo ato de 2 de janeiro de 1975 sobre contraordenações [*Ordnungswidrigkeiten*], o Poder Legislativo alemão, preocupado em humanizar o direito penal, removeu deliberadamente certos atos de seu âmbito que não mais poderiam ser tratados como ofensas criminais (...). Foi assim porque a pletora de penalidades criminais – no sentido estrito do termo – ameaçava tornar essa medida coercitiva totalmente ineficaz." Disponível em: <https://goo.gl/T2TkM3>. Acesso em: 16 jun. 2017.

[47] Ao final da segunda guerra mundial, difundiu-se na Alemanha o pensamento de que era necessário reorganizar a política criminal para pôr fim ao uso excessivo do direito penal. Esse pensamento foi elaborado inicialmente por James Goldschmidt e Erik Wolf e retomado por Eberhard Schmidt, que destacou a necessidade de se limitarem as penas ao âmbito do direito penal econômico (cf. MITSCH, Wolfgang. *Recht der Ordnungswidrigkeiten. Springer-Verlag*, Berlin/Heidelberg, 1995, p.16). Em 1949, foi então promulgada a Wirtschaftsstrafgesetz (lei de simplificação do direito penal econômico) ("WiStG"), substituída em 1954 pela Wirtschaftsstrafgesetz 1954. A lei de 1949 criou uma distinção entre crimes e contraordenações a partir de seu §6º. Enquanto os primeiros seriam punidos mediante penas aplicadas por tribunais, as últimas geravam sanções aplicadas por autoridades administrativas. De acordo com Eberhard Schmidt, o crime e a contraordenação se distinguiriam pelo conteúdo material da ilicitude das condutas (cf. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. Berlin/Heidelberg, 1998). O crime se caracterizaria pela violação ao interesse do Estado, mediante a destruição ou perigo aos bens individuais ou coletivos. Já as contraordenações limitar-se-iam às infrações que ferem apenas os interesses administrativos, ou seja, são condutas que demonstram os descuidos do cidadão que cooperam com a atividade administrativa. Após da promulgação da Wirtschaftsstrafgesetz, contudo, entendeu-se necessária uma reforma mais abrangente, para estender a figura da contraordenação às demais áreas do direito, e não apenas ao ramo econômico. Em março de 1952, é promulgada a Lei sobre as Contraordenações (tradução livre de Gesetz über Ordnungswidrigkeiten-OWiG) ("OWiG"), a primeira lei geral do regime contraordenacional, aplicável a todas as áreas do direito. Na exposição de motivos da OWiG, fez-se referência à teoria de Goldschmidt, que determina que existem normas destinadas à efetiva realização da justiça, enquanto há outras que não visam propriamente a fins jurídicos, mas a administrativos. O objetivo destas últimas seria, portanto, o alcance do bem-estar público geral. Desta forma, as condutas que caracterizam as contraordenações podem ser punidas mediante uma multa pecuniária (Geldbuse) aplicada pela autoridade administrativa. Ocorre que a OWiG também veio a ser objeto de diversas críticas ao longo do tempo, que culminaram na sua alteração em 1968 ("OWiG 1968"). Entendeu-se que vários crimes acabaram sendo caracterizados como contraordenações, em total desacordo com as ideias de Goldschmidt e Schmidt. Neste sentido, ao contrário da lei de 1952, a exposição de motivos da OWiG 1968 negou que a diferenciação entre contraordenações e crimes se daria por suas especificidades materiais, concluindo que as primeiras caracterizavam-se em ilícitos menores do que os ilícitos geradores de verdadeiros crimes. Ou seja, adotou-se um critério quantitativo.

[48] Na Itália, o sistema das contraordenações está pautado na *Legge 24 novembre 1981*, nº 689, como esclarece PUERARI, Adriano Farias. *O direito de mera ordenação social português como rumo de criação de um espaço próprio ao direito administrativo sancionador brasileiro.* Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 64-69.

alcance.[49] Uma espécie de *tertium genus* que atrairia para esses ilícitos um tratamento intencionalmente mais aproximado ao do direito penal.[50]

No ordenamento jurídico português, *e.g*., notabiliza-se o Decreto-Lei n. 433, de 1982, que instituiu um regime geral do ilícito de mera ordenação social.[51] Como explicita Duarte de Lima, esse modelo é "*resultado de um casamento de conveniência entre o Direito Penal e o Direito Administrativo*".[52] De modo geral, a doutrina procura distinguir tais ilícitos dos penais a partir de três critérios – todos formais:[53] *(i)* quanto à natureza jurídica, já que a contraordenação é um ilícito administrativo, uma simples violação da ordem; *(ii)* quanto às sanções aplicáveis, uma vez que a coima, de caráter pecuniário, é a sanção característica na seara das contraordenações, diferentemente do direito penal, que detém como importante pilar a pena privativa de liberdade; e *(iii)* quanto ao processo, pois o processo criminal se sujeita a especiais garantias, ao passo que, no direito de mera ordenação social, a competência para a aplicação de sanções é das autoridades administrativas, com a possibilidade de posterior impugnação judicial.[54]

A edição dessa lei geral, contudo, não parece ter dado conta da complexidade e heterogeneidade ínsitas ao direito administrativo sancionador. Tanto assim que, em Portugal, o direito de mera ordenação social é marcado hoje por sua fragmentariedade, com a criação de

---

[49] PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral*: anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005, p. 146-147.

[50] PRATES, Marcelo Madureira. *Op. cit*., p. 147. *In verbis*: "A esse incremento do alcance do poder administrativo sancionador correspondeu o reforço do regime de garantias deferido às pessoas a ele sujeitas, regime esse estruturado em moldes penais, desde a forma de previsão dos ilícitos puníveis e das sanções aplicáveis, até às fases do procedimentos administrativo punitivo a serem observadas para a regular imposição da sanção, passando pela introdução de figuras tipicamente penais, como a imputabilidade, a tipicidade, o dolo, a tentativa, entre outras". A título de exemplo, veja-se o art. 19 do Decreto-lei nº 433/1982, que institui o regime geral de contraordenações em Portugal: "Artigo 19º do Decreto-lei 433 de 1982. Concurso de contraordenações. 1- Quem tiver praticado várias contraordenações é punido com uma coima cujo limite máximo resulta da soma das coimas concretamente aplicadas às infracções em concurso. 2- A coima aplicável não pode exceder o dobro do limite máximo mais elevado das contraordenações em concurso. 3- A coima a aplicar não pode ser inferior à mais elevada das coimas concretamente aplicadas às várias contraordenações".

[51] "Em coerência com a ideia do Direito Penal como a *ultima ratio* da actuação repressiva, o ilícito de mera ordenação social foi ganhando relevo e dimensão, tanto mais que é crescente a intervenção estadual nos vários domínios da vida social, exigindo que a actuação das Administrações Públicas seja dotada de celeridade, eficácia e efectividade." FARIA, Margarida Ermelinda Lima de Morais de. *O sistema das sanções e os princípios do direito administrativo sancionador.* Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Aveiro, Aveiro, 2007, p. 52.

[52] ALMEIDA, António Duarte de. O ilícito de mera ordenação social na confluência de jurisdições: tolerável ou desejável? In: CEJUR, *Cadernos de Justiça Administrativa*, X Seminário de Justiça Administrativa, Braga, n. 71, 2008. p. 15-22.

[53] DIAS, Jorge de Figueiredo. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: CEJUR, *O novo código penal português e legislação complementar*: fase 1, Jornadas de Direito Criminal, Lisboa, 1983.

[54] Em linha com essas distinções de caráter formal, o art. 1º do Decreto-Lei n. 433/1982 estabelece que: "*constitui contraordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima*".

várias normas específicas voltadas a disciplinar áreas como a ambiental,[55] a concorrência[56] e o uso de entorpecentes.[57] De parte isso, critica-se a expansão do direito de mera ordenação, que seria manejado não de forma legítima, mas como subterfúgio para se agilizar o processo legislativo.[58]

Já em Espanha, a trajetória do direito administrativo sancionador teve nuances diversas. Após a II Guerra Mundial, a passagem para o Estado social também implicou um aumento dos tipos administrativos, mas concomitantemente ao reforço das sanções penais (e não em substituição a elas).[59] Ademais, no contexto da ditadura franquista a que submetido o país (1939-1975), o processo de despenalização, quando adveio, não teve um viés liberalizador, mas serviu de instrumento a uma estratégia repressiva. Realmente,

> O que se buscava durante a época de repressão política era que determinados delitos fossem tratados como infrações administrativas com o objetivo de justificar a ausência de garantias processuais e a desnecessidade do controle judicial na aplicação de sanções e condução do processo.[60]

Isso explica, em grande medida, por que, passada a ditadura, houve um esforço notável da doutrina e dos legisladores espanhóis em torno da construção de um regime jurídico mais protetivo para o direito administrativo sancionador. Um regime assentado na extensão de garantias e princípios penais à esfera administrativa, com base na premissa

---

[55] Cf. Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto; Lei n.º 89/2009, de 31 de Agosto; Lei n.º 114/2015, de 28 de Agosto e Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho.

[56] Cf. Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio.

[57] Cf. Lei nº 30/2000, de 29 de Novembro; Decreto-Lei nº 130-A/2001 e Decreto-Lei nº 114/2011, de 30 de Novembro.

[58] Para uma crítica, em Portugal, quanto ao uso dos ilícitos de mera ordenação social no campo financeiro, v. VELOSO, José António. Boas intenções, maus resultados: notas soltas sobre investigação e processo na supervisão financeira. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, p. 73-102, 2000, p. 73-102. Segundo o autor: "Numa sã concepção do processo de aplicação de sanções, a transplantação do processo de ordenação social para as infracções mais graves da actividade bancária, e seguradora, e bolsista, com contraditório perante a autoridade supervisora, que investiga e acusa, e que depois é também o juiz que decide, suscita por certo, salvo o respeito devido por quem a prefira, muito sérias reservas, (...). A utilização do regime da mera ordenação como instrumento de repressão e prevenção de infracções de grande gravidade (...), infracções frequentemente de averiguação altamente complexa, com sanções necessariamente muito severas, e julgadas desta forma administrativa, é, no contexto português (...) uma evolução altamente discutível". VELOSO, José António. *Op. cit*., p. 75-76.

[59] OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit*., p. 91. Essa peculiaridade contribuiu para a atual conformação do direito espanhol. Como se verá no capítulo 5, em Espanha, o incremento exponencial do poder sancionatório do Estado na via administrativa levou à necessidade de uma resposta à altura para contê-lo. Assim é que, lá, a previsão do poder sancionatório da Administração e sua sujeição a balizas comuns às dos Direito Penal recebeu previsão constitucional.

[60] OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 122-123.

teórica de um *ius puniendi* estatal único.[61] Inclusive, tal como se verá no capítulo 5 adiante, fez-se constar expressamente na Constituição democrática de 1978 a submissão do poder sancionatório da Administração Pública a limites. No art. 25 da Carta Maior,[62] o constituinte submeteu delitos, faltas e infrações administrativas a um mesmo tratamento. A partir daí, pôde-se sustentar, em Espanha, que a unidade do poder punitivo estatal – e a consequente unidade de tratamento jurídico – seriam um imperativo constitucional.

Eis breve um retrospecto histórico que indica fluxos pendulares na transferência de condutas do direito administrativo para o penal e vice-versa. Alternâncias certamente relacionadas às peculiaridades históricas de cada país e que continuam a ocorrer.[63] Hoje, de certa forma, impulsionadas por tendências menos definidas, típicas da Pós-Modernidade.[64] Há cada vez mais a disciplina administrativa de condutas antes restritas ao âmbito penal (e vice-versa) não como uma estratégia de substituição de políticas públicas, mas como meio de se reforçar o aparato punitivo estatal.[65] Movimentos, portanto, que se apresentam concomitantes e em ambos os sentidos, ao invés de unidirecionais.

---

[61] "Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon R. *Curso de Derecho Administrativo*, 9ª ed., v. 2, Madrid: Civitas, 2004., p. 167.

[62] "Artigo 25.1. Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que, no momento de sua ocorrência, não constituam delito, falta ou infração administrativa, de acordo com a legislação vigente naquele momento." Tradução livre.

[63] Por exemplo, Portugal foi pioneiro na descriminalização do uso de todas as drogas. Os resultados dessa mudança na orientação da política pública mostraram-se significativos. V. TRANFORM. Getting drugs under control. *The success of Portugal's decriminalisation policy – in seven charts*. [S.l.: s.n.], 2014. Disponível em: <https://goo.gl/A4Dcg6>. Acesso em: 04 jun. 2017.

[64] Ao invés das tendências claras e metanarrativas que marcaram os séculos XVIII a XX, o século XXI se insere no marco filosófico da Pós-Modernidade, que tem como uma de suas características a fragmentação das ideias; a desconstrução das grandes narrativas. É sob essa ótica que o movimento atual de sobreposição de iniciativas (tanto no campo penal como administrativo), em um arranjo não linear, imprevisível e dinâmico, pode ser inserido no contexto da Pós-Modernidade, contrapondo-se às influências mais demarcadas observadas nos séculos anteriores (ora de criminalização de condutas, ora de "administrativização" de condutas). Na definição de Luís Roberto Barroso, a Pós-Modernidade é um momento marcado: "(...) pelo colapso dos projetos emancipatórios abrangentes, pela fragmentação das ideias e por uma onda de pragmatismo. (...) Faz-se, igualmente, uma reflexão sobre os limites da razão, o papel da ideologia e do inconsciente, bem como sobre os mitos da neutralidade e da objetividade nas ciências humanas e no Direito". BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 99-100.

[65] Nesse caminho andou o legislador brasileiro ao editar a Lei Federal nº 12.846/2013, na qual tipifica como ilícitos administrativos condutas assemelhadas às já tipificadas como crime, seja no Código Penal, seja na Lei Federal nº 8.666/93. Ainda, compare-se o tipo administrativo previsto no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, veiculado pela Lei Federal nº 9.503/97 ("Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração - gravíssima; Penalidade - multa e suspensão do direito de dirigir por doze meses; Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo. Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no *caput* em caso de reincidência no período de até doze meses") com o tipo penal previsto no art. 306 da mesma Lei ("Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor").

No Brasil, inclusive, mencionou-se que uma espécie de frustração generalizada com a efetividade do direito penal tem incentivado a adoção de respostas nos campos cível e administrativo não raro bastante gravosas, a exemplo a edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).[66] De toda forma, esse é um fluxo que não pode ser tido como irreversível nem estático. Basta voltar os olhos aos acontecimentos mais recentes em torno da chamada "Operação Lava-Jato".[67] É possível que a punição emblemática de personagens do alto escalão da política e do empresariado contribuam para fortalecer a credibilidade do direito penal em detrimento do direito administrativo sancionador. Mas não há como ter certezas nesse campo.

1.3 **Um cenário de desafios para o direito administrativo sancionador no Brasil.**

Que o cenário atual em torno do direito administrativo sancionador é complexo, não há como negar. Não apenas pela expansão acelerada por que passou esse ramo do direito nas últimas décadas, mas também por sua trajetória peculiar e errática. Uma seara marcada por interações dinâmicas e não lineares com o direito penal, o qual, assim como o direito administrativo sancionador, expôs-se a transformações importantes ao longo dessa evolução.

De um lado, o direito penal passou por uma espécie de "administrativização"[68] no que tange às suas características originais. Viu-se que a sanção penal se abriu a tipos menos comprometidos com um juízo de desvalor ético-moral e mais voltados a conter riscos considerados socialmente relevantes (nos chamados tipos de perigo abstrato). Testemunhou-se a incorporação de função simbólica à pena, voltada a atender a clamores sociais e políticas criminais populistas, em detrimento de sua histórica vertente de *ultima ratio*. De outro lado, o direito administrativo sancionador foi de certa forma "criminalizado" ao se afirmar como um

---

[66] Conforme explicado na nota de rodapé n. 16.

[67] A "Operação Lava Jato", como ficou conhecida, refere-se a uma ampla investigação contra a corrupção no Brasil, conduzida pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, que se iniciou no Estado do Paraná, em 2014. A operação unificou quatro frentes que apuravam redes operadas por doleiros que praticavam crimes financeiros com recursos públicos. Por intermédio dela, descobriu-se a existência de um vasto esquema de corrupção em uma das principais empresas estatais do país (a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras), envolvendo políticos de vários partidos e algumas das maiores empresas não só estatais, mas também privadas do país, principalmente empreiteiras. Atualmente, a operação já conta com mais de quarenta fases.

[68] Sobre o fenômeno, confira-se: "Existe um fenômeno relativamente recente, ou seja, a chamada administrativização do direito penal, que se caracteriza pela pretensão de um uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de certas obrigações públicas (em especial no âmbito fiscal, societário, previdenciário, etc.), o que banaliza o conteúdo da legislação penal, destrói o conceito limitativo de bem jurídico, aprofunda a ficção do conhecimento da lei, põe em crise a concepção do dolo, vale-se de responsabilidade objetiva e, em geral, privilegia o estado em sua relação com o patrimônio dos habitantes". ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 50.

locus mais conveniente e adequado, em muitos casos, para acomodar condutas tidas como de menor relevância, até então tratadas pelo direito penal. Segundo parte dos doutrinadores, essa "despenalização" se fez necessária justamente para se resgatarem a essência e a credibilidade do direito penal, bem como para se desobstruir a Justiça Criminal.

Identificar esse cenário complexo e imbricado é fundamental. Reconhecer que os direitos penal e administrativo se comunicaram ao longo do tempo, trocando características e prioridades (mas sem perder autonomia), é imprescindível. E o é justamente porque, nesse ambiente nem sempre claro, o operador do direito tem tido dificuldades para delimitar tanto o espaço a ser ocupado pelo direito administrativo sancionador, como as balizas voltadas a orientar a atuação sancionatória da Administração Pública. O que, afinal, compete ao direito administrativo sancionador? Como a Administração Pública deve conduzir a atividade punitiva? Qualquer conduta pode ser passada de um campo a outro?

Nas respostas usualmente fornecidas começam os problemas. Não na pluralidade de entendimentos *per se*, porquanto ínsita ao direito. Mas em uma falta generalizada de consensos teóricos mínimos e coerentes. Há opiniões doutrinárias e precedentes judiciais em sentidos bastante diversos e mesmo diametralmente opostos. Por exemplo, ora se afirma que a sanção administrativa tem finalidade retributiva e deve atuar como um castigo; ora que a sua finalidade é apenas dissuadir os particulares de condutas não desejadas socialmente. Há doutrinadores que defendem que as sanções administrativas devam ser compreendidas de modo mais amplo (incluindo, *e.g.*, medidas reparatórias e de polícia), ao passo que outros preconizam uma visão restritiva.[69] Há quem afirme que o *ius puniendi* é único e que os princípios penais devam ser expandidos ao direito administrativo sancionador de forma mais elástica, e há quem defenda uma transposição com nuances, embora a razão de ser e os contornos dessas nuances geralmente não sejam claramente explicados. Ou seja, dúvidas de alguma forma associadas à trajetória íntima do direito administrativo *vis à vis* o direito penal.

Um quadro de incertezas que é ainda agravado pela falta de conexão e de diálogo entre os planos prescritivo e descritivo; entre o que se prega e o que se pratica quanto ao direito administrativo sancionador. No plano teórico, por exemplo, insiste-se que a atividade punitiva da Administração Pública deve se revestir de garantias mais firmes, como um padrão de

---

[69] Fábio Medina Osório, por exemplo, distingue a sanção administrativa de diversos outros institutos, como medidas cautelares, medidas ressarcitórias, sanções contratuais e mesmo medidas atreladas ao exercício do poder de polícia estatal. OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 107-119. Em sentido diverso, defendendo que as infrações por desobediência a prescrições do poder de polícia têm natureza administrativa, v. SANTOS, Eduardo Sens dos. Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade nas infrações administrativas. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 42, p. 4.240-4.257, ago., 2004. Disponível em: <https://goo.gl/ZXmbsV>. Acesso em: 09 out. 2017.

legalidade exauriente na tipificação dos ilícitos e das sanções. Já no dia a dia da burocracia estatal, isso não apenas não acontece, como seria inviável em diversas searas.

Por tudo isso, o que prevalece, muitas vezes, é a sensação de que o direito administrativo sancionador avança no escuro, fadado a um regime jurídico pouco claro, pouco previsível e carente de balizas que o guiem. Sentimento reforçado pelo fato de que não existe, no Brasil, uma lei-quadro sobre o tema, como há em outros países.[70] É verdade que a própria viabilidade de uma lei nesses termos – de conteúdo material – é questionável, sobretudo em razão da diversidade de campos abarcados pelo direito administrativo sancionador. Há dúvidas quanto à possibilidade de se encontrar unidade nessa heterogeneidade, sem se obstruir o papel esperado das sanções administrativas. Tanto assim que, no ordenamento jurídico português, como se expôs, o regime geral de contraordenações acabou perfurado por exceções. Haveria como ser diferente?

Seja como for, Alejandro Nieto destaca que essas questões não deveriam paralisar o jurista e impedir que o tema seja ao menos discutido.[71] Com os olhos na experiência estrangeira, ele ressalta que, naqueles países em que uma parte geral foi instituída, pelo menos por meio de consensos teóricos mínimos, a repressão estatal e as relações jurídicas dela derivadas se tornaram "*incomparavelmente mais seguras, mais eficazes e mais satisfatórias para os interessados*".[72]

É também em busca de segurança, eficácia e satisfação que caminha a presente tese. Como se verá, pela delimitação de um discurso jurídico (ou de elementos desse discurso) com vista a orientar a construção, interpretação, aplicação e fundamentação do direito administrativo sancionador no Brasil.

1.4 **Plano de trabalho.**

A elaboração teórica ora proposta apoia-se no reconhecimento de diferenças. Especificamente, no fato de que direito penal e direito administrativo sancionador são diferentes, ainda que essas distinções sejam de grau e não absolutas. A despeito disso, as

---

[70] Por exemplo, na Bulgária, em que a Lei das Infrações e Sanções Administrativas (nº. 92 de 28/11/1969) foi especificamente concebida para regular a seara do direito administrativo sancionador, e na Inglaterra, em que editado o *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008*.

[71] NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 23.

[72] Segundo o autor: "(...) nos países que contam com uma Parte Geral [sobre direito administrativo sancionador], as relações jurídicas de repressão são incomparavelmente mais seguras, mais eficazes e satisfatórias para os interessados, do que nos países onde este sistema não foi implantado. E tanto melhor se esta Parte Geral conta com um texto normativo de qualidade, como são os casos da Alemanha e da Itália (e agora do País Basco)". NIETO, Alejandro. *Op. cit*,. p. 23. Tradução livre.

nuances próprias que existem são relevantes e precisam ser consideradas na concepção de modelos sancionatórios e na interpretação e aplicação do regime jurídico do direito administrativo sancionador. Nada impede que as duas espécies de sanções coexistam e até se complementem no âmbito de uma política pública punitiva. Mas nada autoriza que essas medidas sejam tidas como equivalentes – até porque seria ilógico e importaria em *bis in idem* contemplar dois institutos iguais com nomes diferentes. Trata-se de respostas do ordenamento jurídico aplicadas por corpos orgânicos distintos incumbidos de atividades também peculiares. Além disso, não há como simplesmente equiparar as finalidades e os aspectos funcionais de cada uma delas.

Daí porque é preciso levar a sério tais particularidades na construção do regime jurídico aplicável ao poder punitivo da Administração Pública. Há de se ter presente que o direito administrativo é impulsionado por demandas peculiares em relação ao direito penal, assim como está submetido a influxos normativos e pragmáticos também particulares. No caso das sanções administrativas, *e.g.*, o componente dissuasório predomina em relação aos fins retributivos típicos da seara penal. E é fundamental que isso seja devidamente considerado. Para se evitarem distorções, perplexidades e injustiças.

Como? A investigação ora proposta será estruturada em cinco capítulos, além do presente e da conclusão. O capítulo 2 é eminentemente expositivo. Visa traçar um panorama da literatura brasileira em torno do direito administrativo sancionador, com algumas incursões na doutrina penal. O objetivo é situar o leitor quanto aos entendimentos mais gerais que prevalecem nessa seara (em sua maioria, pautados em raciocínios formalistas e conceituais), os quais servirão de contraponto à proposta a ser desenvolvida na tese.

É no capitulo 3 que se buscam detalhar os elementos teóricos tomados como necessários para a construção de um discurso de justificação, interpretação e aplicação adequado ao exercício do poder punitivo pela Administração Pública no Brasil. Ver-se-á, por exemplo, que a sanção administrativa, que é instrumento[73] e não fim em si, deve ser precipuamente compreendida como técnica regulatória ou meio de gestão, e não como um

[73] Afirmar que a sanção administrativa deva ser vista de um olhar instrumental não implica dizer que a sanção penal não deva ou não possa ser analisada da mesma forma. Na verdade, essa investigação foge ao escopo da tese. O objetivo do trabalho é identificar características do direito administrativo sancionador que respondam pela construção de um regime jurídico adequado a esse ramo do direito. Isso passa por deixar claro que a sanção administrativa se diferencia da penal tanto em razão de um componente finalístico e operacional, como de um funcional. É que, no campo administrativo, embora não se descarte a possibilidade de justificação da sanção a partir de um ponto de vista ético-retributivo, a perspectiva prevalecente e mais ajustada às particularidades da função estatal é do tipo prospectiva-conformativa. Em outras palavras: a sanção funciona como instrumento de criação de incentivos com vista à conformação de condutas e atividades privadas inseridas em um programa mais amplo de alcance de fins socialmente desejados. Avaliar se e até que ponto, no direito penal, a pena pode e deve ser compreendida em termos assemelhados vai além do estudo ora proposto.

castigo. Uma ferramenta a serviço do Estado-Administrador para a consecução de interesses públicos relevantes, usualmente dissociados de um juízo de reprovação ético-moral.

Veja-se o caso de uma multa imposta à concessionária de serviço público de transporte ferroviário que deixou de capinar certo trecho da área concedida; ou da penalidade aplicada à operadora de telefonia móvel que deixou de apresentar informações ao ente regulador. Não estão em jogo violações a princípios e valores ético-morais compartilhados pelos cidadãos, mas a regras de funcionamento desses setores econômicos regulados. A rigor, a sanção administrativa atua como parte de um ciclo regulatório mais complexo, posto em marcha para que os administrados a ela submetidos ajustem suas condutas a obrigações previamente definidas na legislação. Daí a importância, inclusive, de um olhar econômico voltado a aferir se a sanção tem aptidão para produzir os incentivos corretos nesse sentido.

Essa abordagem peculiar produz impactos relevantes, tanto teóricos quanto práticos, que serão explorados nos capítulos 4, 5 e 6, voltados a tratar, respectivamente, *(i)* da concepção de modelos sancionatórios, *(ii)* da interpretação e aplicação do regime jurídico do direito administrativo sancionador, além de *(iii)* sua fundamentação adequada, potencializada por caminhos de procedimentalização voltados à direcioná-la.

Com efeito, se o direito administrativo e seus instrumentos têm papel e vocação próprios, é preciso indagar, como uma primeira etapa de investigação, se a punição administrativa constitui uma resposta em tese adequada do ordenamento jurídico para o segmento econômico-social regulado. A preocupação, assim, é com a construção de modelos punitivos eficientes e efetivos, sob a ótica de uma abordagem regulatória da sanção administrativa. Disso cuidará o capítulo 4.

No capítulo 5, demonstrar-se-á como, a partir dessa perspectiva teórica sensível a elementos *finalísticos*, *operacionais*, *instrumentais* e *funcionais* próprios do direito administrativo sancionador, é possível interpretar e aplicar o seu regime jurídico de forma mais clara e coerente. No Brasil, esse é um campo marcado por raciocínios formalistas e conceituais, como aquele que parte do *ius puniendi* único para afirmar (sem justificar) a necessidade de extensão de certos princípios do direito penal ao campo administrativo; mas que ao mesmo tempo sustenta (não raro, contraditoriamente) que determinadas garantias simplesmente não podem ser aplicadas no direito administrativo. Dessa forma, vai-se construindo um regime jurídico do direito administrativo sancionador no Brasil repleto de exceções *ad hoc*: mediante afirmações contraditórias, não justificadas, que tanto podem levar a resultados de superproteção de particulares, com prejuízo para a isonomia e para a efetividade do direito administrativo, como de fragilização dos direitos desses particulares.

Daí a importância de um acerto de contas. Sem dúvida, a dogmática deve se manter fiel à necessidade de proteção dos particulares contra o arbítrio do Estado – até porque, no Brasil, essa ainda é uma bandeira da maior relevância diante de um histórico ainda recente de instrumentalização do aparato estatal em favor de projetos políticos opressores. A despeito disso, deve buscar caminhos para também ser responsiva às peculiaridades ínsitas à atividade administrativa, às finalidades perseguidas pelo Estado-Administração e à função que o direito administrativo sancionador e seus instrumentos têm a cumprir nessa seara. No capítulo 5, a ideia é conduzir uma reflexão nesses termos a partir de um estudo analítico do princípio da legalidade. Não à toa a legalidade, que é tema central em qualquer estudo sobre o direito administrativo.

Mas conceber e interpretar adequadamente o direito administrativo sancionador e seus instrumentos pode não bastar. É preciso que o aplicador do direito (em sentido amplo, incluindo todos os que o elaboram e interpretam) motive adequadamente suas decisões. Isso lhes confere legitimidade e credibilidade e evita má compreensões. Propicia um discurso de maior coerência. Aliás, é em busca de coerência e entendimento que se deve investir na institucionalização de um devido procedimento sancionatório. Não de um rito específico definido por um diploma geral, mas que seja passível de densificação em frentes diversas: normas de hierarquias diversas, com diferentes graus de densidade normativa, orientadas às diferentes etapas do ciclo de construção e aplicação do direito administrativo sancionador, nos diferentes setores a que dirigido o poder punitivo da Administração Pública. É buscar uniformidade na heterogeneidade dessa forma, no grau possível. Sem asfixiar o espaço necessário de avaliação em cada caso (ou em cada setor econômico-social), mas assegurando maior controle. São esses os pontos do capítulo 6.

Por fim, o capítulo 7 trará proposições objetivas sobre as principais ideias defendidas ao longo da tese.

2 **AMOSTRA DA LITERATURA ADMINISTRATIVA E PENAL SOBRE O TEMA**

2.1 **Enfoques predominantemente conceituais e formalistas.**

Por que a Administração Pública pune? A que serve a sanção administrativa? Qual o papel que o direito administrativo sancionador e seus instrumentos desempenham (ou deveriam desempenhar) no Estado Democrático de Direito? Essas são perguntas introdutórias da maior relevância. Por razões lógicas, inclusive. Faz sentido analisar os institutos a partir de sua razão de ser; de sua função; de sua vocação.[74] Não que os manuais e demais obras acadêmicas sobre o direito administrativo sancionador no Brasil sejam omissos a esse respeito. Mas o fazem de forma geralmente incompleta ou a partir de um olhar que dá ensejo a distorções.

Com efeito, o enfoque que prevalece é predominantemente formalista e conceitual. São aprofundados temas como o conceito e a anatomia da infração e da sanção administrativas, ou o rol de princípios e de regras que devem integrar o regime jurídico aplicável ao poder punitivo da Administração Pública. Mas faltam nessas abordagens reflexões mais profundas sobre as *finalidades* e a *função* do direito administrativo sancionador e de suas ferramentas.

Isso não implica dizer que discussões conceituais e formalistas sejam irrelevantes para a dogmática do direito administrativo sancionador. O destaque atribuído ao tema e o esforço para se delimitar um regime jurídico próprio foram decisivos para individualizar[75] esse campo

---

[74] No direito penal, Nilo Batista adverte que estudar a razão de ser dos crimes e das penas, como parte da sociologia jurídica, é fundamental para a compreensão desses institutos: "O direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas *dentro de* e *para uma* sociedade que concretamente se organizou de *determinada maneira*. O estudo aprofundado das funções que o direito cumpre dentro de uma sociedade pertence à sociologia jurídica, mas o jurista iniciante deve ser advertido da importância de tal estudo para a compreensão do próprio direito". BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19; grifos do original. A proposta da tese, como ficará claro, também se volta a uma investigação sensível a fins e funções, mas direcionada ao direito administrativo sancionador e suas ferramentas. Ademais, propõe-se uma abordagem mais eclética do que a puramente sociológica, já que pautada na consideração de um conjunto variado de elementos, inclusive normativos (cf. se verá no capítulo 3).

[75] Nas obras mais antigas, era comum que o direito administrativo sancionador fosse estudado pontualmente e, muitas vezes, em capítulos destinados a analisar o poder de polícia da Administração e as relações entre a Administração Pública e seus servidores – e não de forma autônoma. Como em CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo do Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, v. V, na parte dedicada às sanções disciplinares: "Não são as penas disciplinares castigos, no sentido do direito penal, mas meios de que dispõe o Estado para assegurar a boa ordem no serviço e a observância dos deveres prescritos" (p. 131); e em MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, ao tratar da classificação dos atos administrativos e qualificar a sanção administrativa como ato constitutivo de direitos e deveres: "Sanção administrativa: é o ato administrativo unilateral, discricionário, pelo qual se aplicam penalidades em terceiros pela inobservância dos respectivos deveres. Pode consistir em punição aos titulares dos órgãos da Administração Pública, portanto, interna, ou aos particulares em geral, e, destarte, externa" (p. 501).

do direito administrativo que cresce em importância a cada dia. O problema, em verdade, está no salto que se faz para chegar aos conceitos e princípios. É que eles são descortinados sem antes se atentar para o papel e o propósito do poder punitivo da Administração, ou sem se atribuir a devida importância a essas investigações. E a falta de um esforço mais detido de justificação e aplicação do direito administrativo sancionador abre uma espécie de vácuo que dá ensejo a inconsistências, irracionalidades e arbitrariedades. Analisam-se os institutos a partir deles próprios, sem se considerarem a *função* que cumprem (ou que deveriam cumprir) e os *fins* buscados no ordenamento jurídico e para a vida das pessoas.

São raciocínios desse tipo, *e.g.*, aqueles que enxergam a sanção administrativa como uma consequência necessária e automática do descumprimento de uma obrigação administrativa, ou que investigam se a punição é legítima tendo como parâmetro apenas a observância ou não de princípios e regras inerentes ao seu regime jurídico. Em ambos os casos, contudo, essas construções negligenciam preocupações anteriores. A sanção é apresentada como um dado; um instituto de certa forma "autorreferenciado", o que deixa em aberto perguntas como: no caso específico, ela era necessária? Sua aplicação foi uma resposta adequada e legítima da Administração Pública? A penalidade se apresentou como uma estratégia eficiente e racional para cumprir os propósitos a que direcionada? Aliás, que propósitos são esses?

Por isso, é preciso dar um passo atrás. Perguntar o que justifica a aplicação de sanções pela Administração Pública e se o regime jurídico construído se harmoniza com essa vocação. Isso implica saber das bases de legitimidade[76] dessa competência no marco do Estado Democrático de Direito, e especificamente no Brasil, sob o marco da Constituição da República de 1988. Até porque, nessa matéria, cortar etapas implica correr o risco de anuir com arbítrio. Com o uso da força pela Administração Pública para se restringirem direitos dos administrados sem um propósito claro, de forma desviada, injustificável ou inútil.

São justamente essas as perguntas que inspiram a tese. Para começar a respondê-las, o presente capítulo busca traçar um panorama, ainda que por amostragem, da literatura

---

Ruy Cirne Lima, de sua vez, abordou o tema sob olhar mais abrangente, referindo-se a um direito administrativo penal. LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1964, p. 215-218.

[76] Legitimidade tem relação com aceitação. Com a percepção de que o exercício do poder, ou o desempenho de certa atividade, são adequados e respeitam valores e princípios compartilhados. Segundo Ricardo Lobo Torres: "A legitimidade do Estado moderno tem que ser vista sobretudo a partir do equilíbrio e harmonia entre valores e princípios jurídicos afirmados por consenso. A aceitação da norma e a obediência ao seu comando, que afinal de contas sintetizam a própria legitimidade, resultam de acordo social a respeito da sua adequação a valores éticos e princípios de direito em permanente interação". TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 467-520, p. 475.

brasileira a esse respeito. De início, a partir de autores do direito administrativo. Como o universo de artigos e de manuais que enfrentam ou perpassam o tema é enorme, adotou-se como critério a seleção de obras dedicadas especificamente ao direito administrativo sancionador, produzidas, em sua maioria, entre fins da década de 1990 e meados da década seguinte.

Em seguida, e de forma mais sintética, serão apresentados alguns pontos de vista de penalistas brasileiros. Com dois objetivos. Em primeiro lugar, para demonstrar que, diferentemente dos autores administrativistas – para quem as distinções entre pena e delito, de um lado, e sanção e ilícito administrativo, de outro, são apenas formais (*i.e.*, associadas ao regime jurídico eleito pelo legislador) – os criminalistas ou sustentam a distinção material qualitativa entre esses institutos (ou seja, reconhecem uma natureza diversa entre eles), ou a diferenciação ao menos quantitativa (isto é, atinente à maior ou menor gravidade do ilícito, à luz da maior ou menor essencialidade do bem jurídico em questão). Há, portanto, compreensões divergentes.

Em segundo lugar, para deixar claro que, independentemente da corrente teórica a que se adira – formal, qualitativa ou quantitativa –, a gramática do direito penal é claramente diversa da do direito administrativo sancionador. Lá prepondera a percepção da pena como violência; um mal necessário; uma medida de *ultima ratio* orientada a fins retributivos e que deve levar a punições exemplares. Por mais que no direito administrativo sancionador também se aluda à coerção e à proteção de bens jurídicos (e por vezes a termos mais fortes, como aflição e castigo), o tom é diverso. Tanto assim que, neste campo, a expansão da intervenção estatal não tem gerado maior perplexidade. Já no direito penal, ela é frequentemente criticada.[77]

O presente capítulo, assim, busca traçar delimitações teóricas, sem pretensão exaustiva e com olhar eminentemente descritivo, mas que serão fundamentais tanto para se compreender o tipo de abordagem proposto na tese (que vai em sentido diverso ao da literatura administrativa apresentada), como para o desenvolvimento do discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador que será objeto do capítulo 3.

[77] Como se viu no capítulo 1, a propósito da concepção do direito penal como *ultima ratio*.

2.2 **Alguns autores brasileiros e suas obras.**

2.2.1 Administrativistas.

Na literatura nacional, é marcante a posição de autores administrativistas que partem da origem comum do poder punitivo do Estado (o *ius puniendi* único)[78] para dela extrair consequências relevantes. A primeira delas é que não existiriam diferenças ontológicas entre sanções penais e administrativas. Por isso, caberia ao Estado decidir, no âmbito de sua discricionariedade político-legislativa, entre tipificar ilícitos de uma ou de outra espécie, ou até de ambas. Logo, a diferença entre esses institutos jurídicos decorreria exclusivamente do elemento formal, *i.e.*, do regime jurídico escolhido pelo legislador. Regime esse, por sua vez, construído em larga medida a partir da transposição de garantias típicas da seara criminal à administrativa, ainda que com nuances. Vejam-se alguns dos autores que se dedicaram especificamente ao tema.

2.2.1.1. Heraldo Garcia Vitta.

Na obra intitulada "*A sanção no direito administrativo*",[79] Heraldo Garcia Vitta sustenta que a finalidade dessa medida é eminentemente preventiva, já que voltada a desestimular possíveis infratores com a ameaça de um efeito desfavorável. Trata-se, assim, de uma consequência repressiva imposta pela autoridade administrativa com a finalidade de desestimular a prática de condutas proibidas. Consequência essa que não seria ontologicamente distinta das sanções criminais. A seu ver, as distinções porventura existentes não podem ser tidas como de fundo, mas apenas de gravidade. [80]

A partir dessa delimitação, o autor orienta seu livro à análise de princípios aplicáveis às sanções administrativas (como os da legalidade,[81] da tipicidade[82] e do devido processo

---

[78] Como se verá no capítulo 5 adiante, esse entendimento acerca do *ius puniendi* único estatal deve-se em grande parte à influência da doutrina espanhola. Nas palavras de García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *e.g.*, "[o] mesmo *ius puniendi* do Estado pode se manifestar tanto pela via judicial como pela via administrativa". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Op. cit.*, p. 163. Tradução livre.

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

[80] VITTA, Heraldo Garcia. *Op. cit.*, p. 65-67. Eis o conceito cunhado pelo autor: "(...) é a consequência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica". *Ibidem*, p. 66.

[81] Para o autor, no que tange à legalidade "deve-se verificar a *intensidade do liame* que liga o particular à Administração Pública. Apenas nos casos cuja ligação se dá *intimamente* à ordem administrativa, teremos

legal[83]), bem como de aspectos relacionados à imposição das penalidades (como os concursos reais e aparentes de normas, a tentativa e a coautoria)[84] e às modalidades de sua extinção (*e.g.*, pelo cumprimento, anistia, indulto, graça e nulidade dos efeitos do ato administrativo).[85]

2.2.1.2. Regis Fernandes de Oliveira.

Tal como Heraldo Garcia Vitta, Regis Fernandes de Oliveira[86] defende não existir diferença ontológica entre pena e sanção administrativa. A distinção decorreria de elementos apenas formais atrelados ao regime jurídico aplicável a cada espécie, como o órgão competente para investigar e impor a punição. Quanto às finalidades, o autor as diferencia segundo as diferentes espécies de sanções administrativas. Assim, sanções decorrentes do exercício do poder de polícia ("penas de polícia") seriam meramente punitivas, já que voltadas a infligir um castigo a fim de que o exemplo do infrator não seja seguido. Sanções disciplinares teriam finalidade de manutenção e reintegração das condições de ordem em uma relação particular de autoridade (*i.e.*, em uma relação de sujeição especial). Já as sanções fiscais teriam natureza ressarcitória (quando voltadas a repor uma despesa que o Estado suportou pelo não recolhimento do tributo ou por seu recolhimento intempestivo) ou punitiva/retributiva (quando voltadas, para além da reposição, a impor um gravame ao infrator ou responsável).[87]

O autor também aborda em seu livro aspectos relacionados à aplicação da sanção administrativa, como as causas de exclusão da infração e da sanção, os sujeitos ativo e

---

mitigação do princípio da legalidade". E adiante: "Na denominada supremacia geral, (...) o princípio da legalidade vige na sua mais ampla acepção: apenas a lei, formal, editada pelo Legislativo, poderá estabelecer infrações e sanções administrativas". Grifos do original. VITTA, Heraldo Garcia. *Op. cit.*, p. 78 e 84.

[82] Na análise da tipicidade, o autor também estabelece uma divisão do tema em dois tópicos: a supremacia geral e a especial do Estado. Em relação à primeira: "apenas a lei poderá estipular infrações e penalidades administrativas, observada a impossibilidade de ampla disparidade de graduação de mínimo e máximo da pena" VITTA, Heraldo Garcia. *Op. cit.*, p. 92. Nos casos de supremacia especial: "podem ser utilizados conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, com os limites apontados, a fim de garantir o princípio da legalidade, o da segurança jurídica e o do devido processo legal" VITTA, Heraldo Garcia. *Op. cit.*, p. 94.

[83] Na visão de Heraldo Garcia Vitta, o devido processo legal deve ser observado "[s]obretudo nos casos em que o legislador utiliza expressões vagas, fluidas, termos imprecisos ou indeterminados, como 'ofensa à moral pública' (e outras correlatas), [quando] a autoridade administrativa deverá expor a específica conduta do suposto infrator e comunicar-lhe os fatos, tais como lhe foram atribuídos, para possibilitar-lhe a mais ampla defesa". VITTA, Heraldo Garcia. *Op. cit.*, p. 96. Deste princípio, o autor extrai os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da motivação.

[84] VITTA, Heraldo Garcia. *Op. cit.*, p. 128-143.

[85] VITTA, Heraldo Garcia. *Op. cit.*, p. 144-170.

[86] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 19-20.

[87] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Op. cit.*, p. 92-93.

passivo, os modos de aplicação da sanção, as hipóteses de tentativa, coautoria e concurso de infrações, as condições de validade do ato punitivo e os modos de extinção das sanções.[88]

2.2.1.3. Daniel Ferreira.

Outro administrativista que se dedicou ao tema foi Daniel Ferreira, autor de "*Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*". Em sua obra, ele se propõe a construir e analisar um conceito analítico e estratificado da infração administrativa a partir do instrumental da teoria geral do delito. A seu ver, a infração administrativa pode ser definida como:

> (...) conduta (que é vidente e exige vontade), substancialmente típica (objetiva e subjetivamente – quando a lei excepcionalmente assim o exigir), antijurídica (quando ausentes causas de justificação – como a legítima defesa etc.) e administrativamente reprovável (quando não de tratar de erro invencível ou de inexigibilidade de conduta diversa).[89]

Já a sanção (em sentido estrito) representa a consequência jurídica restritiva de direitos, de caráter repressivo, determinada em razão de um comportamento proibido[90] com o objetivo de desestimular o infrator. Justamente por isso, a sanção propriamente dita não se confundiria com medidas repressivas coativas, voltadas a recompor a ordem jurídica[91] (o *status quo ante)*, nem com medidas preventivas (ou cautelares) coativas, voltadas a inibir uma conduta antinormativa mesmo antes de seu cometimento.

2.2.1.4. Rafael Munhoz de Mello.

Rafael Munhoz de Mello compreende a sanção administrativa como uma medida aflitiva. Uma situação desfavorável imposta pela Administração Pública a quem pratique um

---

[88] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Op. cit.*, p. 66-69; 74-82; 87-91; 102-109; 123-124; e 132-136.

[89] FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 21.

[90] FERREIRA, Daniel. *Op. cit.*, p. 81-82.

[91] O autor menciona como exemplo de medida repressiva coativa a lei geral antifumo (Lei federal nº 9.294/96). Isso porque ela "proíbe o uso de fumígenos em certas condições e locais, porém tecnicamente não atrela ao seu descumprimento sanção em sentido estrito, porque ausente um processo idôneo de investigação e quanto o mais titularizado por autoridade competente. De fato, a advertência como literalmente referida em decreto regulamentar não se reveste da condição de sanção jurídica (e muito menos em senso estrito), e não passa de outra pretensamente moralizadora 'chamada de atenção', para cujo descumprimento adotar-se-á como resposta uma diferençada medida coativa (a forçada retirada do sujeito do local e/ou apreensão do cigarro)". FERREIRA, Daniel, *O*p. cit., p. 87-88.

ilícito administrativo, dotada de finalidade preventiva: "*pune-se para prevenir a ocorrência de novas infrações, desestimulando a prática de comportamentos tipificados como ilícitos*".[92] O autor também sustenta que não haveria diferença ontológica entre as sanções penal e administrativa. Tanto uma como a outra "*são manifestações de um mesmo poder estatal, o* ius puniendi". Isso permitiria falar, então, em "*unidade do poder punitivo estatal",*[93] como premissa hoje amplamente difundida, especialmente por influência do direito espanhol.[94] No Brasil, especificamente, o autor registra que essa posição já era defendida por Geraldo Ataliba.[95]

Da premissa do *ius puniendi* único, Rafael Munhoz extrai duas consequências. A primeira é que cabe ao Estado decidir de que forma exercerá esse poder. A distinção entre os tipos de ilícitos decorrerá não de um elemento material, associado à natureza das infrações e das sanções, mas do critério formal, *i.e*., do regime jurídico atribuído pelo legislador em cada caso. Em relação às sanções administrativas, o principal traço característico seria o sujeito competente para impô-las (a Administração Pública).[96]

A segunda consequência é que esse regime jurídico – esteja ele associado a sanções penais ou administrativas – orienta um poder punitivo sempre exercido no marco do Estado Democrático de Direito. Por isso, ele não pode ser jamais exercido de forma livre. Ao contrário, sujeita-se à observância de um conjunto robusto de garantias voltadas a proteger o indivíduo contra o arbítrio estatal. Daí que:

> Tais princípios, corolários que são do princípio fundamental do Estado de Direito, nem mesmo careceriam de previsão expressa no texto constitucional. É dizer, referidos princípios integrariam o ordenamento constitucional pátrio mesmo que a Constituição Federal não lhes fizesse referência.[97]

Para o autor, portanto, o exercício do poder punitivo estatal sujeita-se a limites que decorrem do Estado Democrático de Direito, independentemente da maneira como foram positivados. Ele próprio reconhece que vários de tais limites estão expressamente previstos na Constituição brasileira, a exemplo dos princípios da legalidade e da segurança jurídica. Mais

---

[92] MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 76.

[93] MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. cit.*, p. 45.

[94] Rafael Munhoz destaca nesse sentido as contribuições de Eduardo García de Enterría e Tomás-Rámon Fernández. MELLO. Rafael Munhoz de. *Op. cit.*, p. 45.

[95] MELLO. Rafael Munhoz de. *Op. cit.*, p. 46. O autor se refere à obra ATALIBA, Geraldo. *Inconstitucionalidade de punições permanentes*. RDM 95/15-25. São Paulo: RT, jul./set., 1994

[96] MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. cit.*, p. 255-256.

[97] MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. cit.*, p. 104.

ainda, o art. 5º da CRFB/88 estabelece garantias bastante específicas, como no inciso XXXIX ("*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*") e no inciso XL ("*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*").

De todo modo, na linha da aludida construção teórica, ainda que alguns dos dispositivos constitucionais se valham de termos próprios do direito penal, como "crime" e "lei penal", isso não significaria que os comandos neles veiculados não seriam aplicáveis também ao direito administrativo sancionador. Como se disse, essas seriam garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito. Por isso, incidiriam mesmo sem expressa previsão no Texto Maior. Até porque, se as garantias não fossem comuns e comunicáveis, o legislador poderia "burlar" a Constituição. Isto é, tipificar certas condutas como ilícitos administrativos, ao invés de penais, somente para "escapar" de um regime mais protetivo.[98]

Eis a premissa teórica, portanto, de que parte Rafael Munhoz de Mello: do *ius puniendi* único se extrai um espaço de discricionariedade amplo, em que o legislador pode optar pela tipificação de ilícitos e de sanções penais ou administrativos. A despeito disso, o conteúdo do regime jurídico aplicável a qualquer dessas escolhas é sempre vinculado, posto que deve respeitar os direitos e garantias constitucionais comuns a que submetido o exercício do poder de punir no Estado Democrático de Direito.[99]

Mas a partir daí se verificam inconsistências. Por exemplo: ao tratar da classificação das sanções administrativas, o autor as divide em retributivas e ressarcitórias. As primeiras seriam um mal imposto ao infrator, com objetivo preventivo. As segundas visariam reparar um dano. Por isso, a despeito de se estar diante, em ambos os casos, de consequências negativas impostas pela Administração ao particular, deflagradas pela prática de um ilícito, o regime de garantias se aplicaria apenas às primeiras, mas não às segundas. Veja-se:

> (...) à sanção administrativa com caráter ressarcitório não se aplicam os princípios acima referidos, integrantes do regime jurídico punitivo. Não é exigida para a imposição de sanção ressarcitória a descrição detalhada da conduta proibida, para que os particulares saibam exatamente o comportamento que é considerado reprovável e que o sujeita a sanção. O comportamento proibido é 'causar dano'. (...)[100]

---

[98] MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. cit*., p. 106.

[99] Em sua obra, Rafael Munhoz se põe a destrinchar os princípios constitucionais que, a seu ver, formam a base do regime jurídico punitivo estatal, e que, por isso, seriam aplicáveis a quaisquer respostas punitivas do Poder Público (tanto penais quanto administrativas, ainda que com matizes próprios). Especificamente, o autor analisa os princípios da legalidade, da tipicidade, da irretroatividade, da culpabilidade, do *non bis in idem* e do devido processo legal.

[100] MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. cit*., p. 81. Ainda segundo o autor, as sanções retributivas demandariam a caracterização da atuação voluntária e culposa para se responsabilizar o administrado (responsabilização subjetiva) e nelas seria vedada a transmissão da punição a terceiros não infratores. Já no caso das ressarcitórias,

Ora, se o ponto de partida teórico do autor é a alegada unidade ontológica do poder punitivo estatal e sua sujeição às garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, não faz sentido, à luz dessa premissa, que o particular submetido a uma sanção administrativa, ainda que ressarcitória, possa ficar desprotegido.

Em outro trecho, ao tratar da aplicação do princípio da irretroatividade no âmbito administrativo, Rafael Munhoz de Mello também parece ir de encontro às suas premissas teóricas. Segundo tal princípio, a lei que crie novas infrações e sanções administrativas, ou que as agrave, não pode retroagir para afetar condutas já realizadas. Já se a lei for mais benéfica, muitos doutrinadores sustentam que ela deveria retroagir.[101] Isso seria corroborado pelo art. 5º, inciso XL, da Constituição.[102]

Ocorre que, nesse ponto, o autor se afasta do referencial teórico do *ius puniendi* único para afirmar que o art. 5º, XL, da Constituição "*(...) funda-se em peculiaridades únicas do direito penal, inexistentes no direito administrativo sancionador*".[103] Peculiaridades essas atreladas à existência de razões humanitárias que, no âmbito penal, justificariam a retroatividade da lei mais benéfica, mas não no administrativo. Além disso, o direito criminal envolveria condutas consideradas pelo legislador como contrárias à "*consciência ético-jurídica do povo*",[104] e no direito administrativo isso não se colocaria.

Sem adentrar o mérito dessa construção, aqui também há uma inconsistência. É que esse tipo de justificativa (pautada na identificação da "*consciência ético-jurídica do povo*") soa contraditório com a corrente formal a que se filia o autor para distinguir ilícitos e sanções penais dos administrativos. De certa forma, ele reconhece um elemento de conteúdo – ético-jurídico – peculiar ao direito penal. Não bastasse isso, as razões invocadas para se excepcionar a retroatividade da lei mais benéfica no campo do direito administrativo sancionador são bastante genéricas. Aludiu-se a "peculiaridades" inerentes a cada um dos

---

seria admitida a responsabilização objetiva do infrator (i.e., a imposição do dever de reparar o dano, ainda que causado de modo involuntário e sem culpa) e quanto a elas não haveria óbice à transmissão da punição a terceiros não infratores. Em suma, o autor defende que apenas no caso das sanções administrativas retributivas "tem-se a incidência do regime jurídico punitivo, integrado por princípios usualmente vinculados ao direito penal e desenvolvido ao longo dos últimos dois séculos. Tal regime não se aplica às sanções administrativas ressarcitórias, cuja função no ordenamento jurídico é outra.". *Ibidem*, p. 80-81.

[101] V., por exemplo: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 156; e NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 219, p. 219-245, jan./mar., 2000. Segundo o autor: "É de indagar-se: sobrevindo à imposição de penalidade administrativa lei mais benéfica, ora por deixar de considerar o fato perpetrado como infração, ora por amenizar as consequências do ilícito, haverá de lograr incidência retrooperante? A melhor resposta é a que pende pela afirmativa".

[102] *In verbis*: "XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

[103] MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. cit.*, p. 154.

[104] MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. cit*., p. 155.

campos. Mas não se especificaram quais seriam essas peculiaridades ou como elas operariam para tornar imprópria a aplicação do referido princípio ao campo do direito administrativo.

2.2.1.5. Fábio Medina Osório.

Segundo Fábio Medina Osório, a sanção administrativa deve ser definida como:

> (...) um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como 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.[105]

Trata-se, portanto, de um "mal" ou "castigo" imposto a quem cometa um ilícito administrativo, mediante privação de direitos, imposição de deveres, restrição de liberdades ou condicionamentos, com o objetivo de puni-lo (finalidade punitiva ou repressiva). Para o autor, a sanção administrativa não se confundiria com: *(a)* as medidas de polícia, adotadas pela Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos, em prol da coletividade e do próprio Estado; *(b)* com as medidas rescisórias; *(c)* com as medidas ressarcitórias; *(d)* com as medidas preventivas; e *(e)* com as medidas de responsabilidade na gestão.

Segundo afirma o autor, *(a)* as medidas de polícia se prestam a delinear os contornos legítimos para o exercício de direitos, com vista a conter abusos. Assim, se um indivíduo perde as condições para dirigir, o Estado recolhe a sua Carteira Nacional de Habilitação não para sancioná-lo, mas para restabelecer as condições de legalidade. Nisso, não haveria qualquer efeito intimidatório, punitivo ou restritivo de direitos. Ademais, diferentemente das sanções, que pressupõem o cometimento de um ilícito, as medidas de polícia poderiam apresentar caráter preventivo, com vista a preservar o bem comum.[106]

---

[105] OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 106-107. Saliente-se que o autor recebeu forte influência do direito espanhol, já que escreveu seu livro, como ele próprio informa, a partir de pesquisas levadas a efeito no curso de doutorado em direito administrativo na Universidade Complutense de Madrid, Espanha (1998-1998).

[106] É verdade que o próprio autor admite a íntima conexão entre o poder de polícia e o poder de fiscalizar (que antecede o de punir), assim como entre as medidas de polícia e as sanções administrativas. De toda forma, ele insiste na diferenciação dos institutos, que estariam regidos por regras e princípios próprios; inconfundíveis. *In verbis*: "(…) não prospera, em sua globalidade, a teoria de que o poder sancionador estaria integrado no poder de polícia, diante das peculiaridades do direito administrativo sancionador, suas garantias, sua generalidade, tipicidade, legalidade, incompatibilidade com a flexível e extremamente elástica natureza que deveria ostentar para ser considerado integrante do poder de polícia." OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 111.

As sanções administrativas também não se confundiriam com *(b)* as medidas rescisórias de atos ou contratos administrativos, que impõem ao particular a perda de uma situação de vantagem anteriormente constituída como consequência de uma prática ilegal. Nos contratos administrativos, *e.g*., o inadimplemento autoriza uma específica punição "*como consequência da própria relação contratual e não de uma genérica pretensão punitiva do Estado*".[107] Logo, ou os princípios típicos do regime jurídico do direito administrativo sancionador não incidiriam nesses casos (como no caso da culpabilidade e do *non bis in idem*), ou incidiriam de forma atenuada (casos da legalidade e da tipicidade). [108]

Quanto às *(c)* medidas de ressarcimento ao erário, a finalidade seria reparar danos e não punir ou repreender. Não estaria presente, portanto, o necessário efeito aflitivo. Por conseguinte, tais medidas sujeitar-se-iam a princípios próprios e específicos, mais próximos do direito civil do que do direito administrativo sancionador. De todo modo, Fábio Medina Osório ressalva que o impacto das medidas ressarcitórias sobre direitos patrimoniais dos administrados pode ser enorme. Logo, far-se-ia necessária a observância de garantias extraídas da Constituição, com destaque para o devido processo legal.[109]

Já no caso das *(d)* medidas preventivas, tal como no das sanções, estar-se-ia diante de um sofrimento causado ao administrado; porém, aplicado com finalidade diversa. O objetivo dessas medidas seria evitar a produção de certo perigo; impedir que se consume uma violação à ordem jurídica. Portanto, elas seriam aplicadas antes do cometimento de qualquer ilícito, com vista à proteção provisória a direitos, e não como resposta a uma ilicitude. [110]

Por fim, o autor distingue as sanções administrativas das *(e)* medidas de responsabilidade pelo descumprimento de deveres de gestão, previstas normalmente no setor público. Nesses casos, o gestor ficaria sujeito a deveres funcionais bastante específicos, usualmente ligados à produção de resultados. Isso permitiria que ele fosse cobrado mediante a

---

[107] OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit*., p. 112.

[108] Sem embargo, o jurista reconhece que o descumprimento contratual pode ensejar a aplicação de medidas com alcance geral e *pro futuro*, aptas a extravasar o âmbito da relação bilateral. Um exemplo seria a declaração de inidoneidade do particular para participar de licitações por determinado período de tempo. Assim, em casos como esse, tornar-se-ia aplicável o "regime jurídico básico do Direito Administrativo Sancionador". O próprio contrato "passará à condição de elemento normativo da figura típica, a ser aquilatado pelo intérprete, à luz das regras e princípios do Direito Administrativo Sancionador". Caso contrário, o administrado poderia ser relegado à condição de desamparo. OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 114.

[109] OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit*., p. 116.

[110] OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 116-117.

aplicação de "*medidas gravosas, conectadas a ilícitos atípicos, como multas e outras restrições de direitos, porque a relação estatutária permite esse nível de cobrança*".[111]

Estabelecidas essas delimitações, o autor avança para se debruçar sobre o que – nas suas palavras – consistiria no regime jurídico básico das sanções administrativas. Também para Fábio Medina Osório, o poder punitivo do Estado deve ser tido como único em sua origem, cabendo ao legislador optar, com liberdade e legitimidade, pela tipificação de ilícitos penais ou administrativos em cada caso. Realizada essa escolha, incidiriam tratamentos diversos num e noutro casos, balizados, sempre, pelo núcleo constitucional. Em suas palavras:

> De um lado, se a simétrica unidade do poder punitivo estatal enseja a necessária incidência de alguns princípios de direito público sobre esses dois instrumentos normativos, de outra banda resulta claro que esses princípios possuem contornos próprios, distinções, regimes jurídicos diferentes, ainda que as diferenças não possam ultrapassar certas barreiras, esbarrando, pois, numa unidade nuclear inscrita na Constituição da República.[112]

Nessa linha, por exemplo, o autor defende que o princípio da legalidade opera na esfera administrativa sancionatória com maior flexibilidade. Não em função do papel ou dos objetivos almejados com o uso de sanções administrativas, mas especialmente por força de uma razão histórica. De um lado, o direito penal teria evoluído comprometido com observância de um conjunto robusto de direitos humanos. Já as normas de direito administrativo sancionatório teriam nascido e se desenvolvido historicamente atreladas à categoria do poder de polícia da Administração, com conotação altamente discricionária. Isso explicaria:

> (...) a flexibilidade de uma legalidade permeada por competências discricionárias, sempre voltadas à direção do interesse público. Eis uma nota diferenciadora importante a apartar a legalidade administrativista da legalidade penalista.[113]

---

[111] OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.,* p. 120. Também nesses casos, Fábio Medina Osório reconhece que tais medidas, por sua gravidade e potencial restritivo a direitos fundamentais dos atingidos, atraem a incidência de princípios garantísticos previstos na Constituição, com destaque para o devido processo legal. Daí porque a hipótese também seria de um regime aproximado àquele do direito administrativo sancionador, em que, apesar de atenuadas certas garantias (como as exigências de legalidade e tipicidade na previsão dos ilícitos e sanções cabíveis), incidiriam garantias processuais voltadas a proteger os particulares contra arbitrariedades. OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 120.

[112] OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit*., p. 155.

[113] OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.,* p. 227. Confira-se a explicação, *in litteris*: "Não se desconhece que a legalidade da atividade sancionadora que se fundamenta no Direito Administrativo possui uma certa flexibilidade. Isso decorre da ausência de algumas 'amarras' que normalmente escravizam as normas penais. É uma consequência, inclusive, da maior elasticidade competencial do Estado nesse terreno, embora seja, sobretudo, fruto de toda uma carga histórica comprometida com normas sancionadoras garantistas de direitos individuais. A evolução do Direito Penal certamente remete os sistemas punitivos à observância de um conjunto universal de direitos humanos e direitos fundamentais positivados. A nota da maior flexibilidade do Direito

Ou seja, o autor remete ao desenvolvimento histórico da legalidade administrativa (*i.e.*, ao "*abandono histórico a que submetido esse conjunto de normas, que ficaram à margem do desenvolvimento do Direito Punitivo*")[114] para *justificar* um padrão de legalidade diferenciado em matéria administrativa. O problema é que a história ajuda a entender por que os institutos de direito administrativo funcionam, hoje, sob determinada lógica. Mas ela não se basta como discurso de legitimação. Nem aponta, aliás, como as coisas deveriam ser.[115]

Em outro trecho, Fábio Medina Osório defende que, dentro do próprio direito administrativo sancionador, os princípios protetivos devem incidir de maneiras distintas, conforme a relação jurídica em jogo. Esse seria o fenômeno da "*fragmentação do poder punitivo*", o qual tomaria alcances diversos segundo os casos e situações tratados pelo legislador.[116] Nesse campo, a principal linha divisória estaria traçada entre as chamadas relações de sujeição especial e de sujeição geral. Nas suas palavras:

> Essas distinções entre os ilícitos administrativos praticados por particulares e por funcionários públicos ou pessoas conectadas a especiais relações de sujeição com o Estado ou corporações de Direito Público operam importantes e fundamentais efeitos, seja no alcance das normas proibitivas, seja no significado das exigências relacionadas a elementos anímicos ou pressupostos de responsabilidade. **As oscilações podem ostentar tamanha relevância e profundidade que se torna legítimo questionar até que ponto ainda remanescem dentro do mesmo ramo jurídico, quando as garantias e os direitos em jogo assumem feições tão diversas, ora rumo ao maior rigorismo, ora rumo à flexibilidade, tanto no atendimento a pautas axiológicas mais ligadas aos direitos individuais, quanto na satisfação de exigências mais relacionadas a direitos coletivos ou difusos.**[117]

Administrativo Sancionador fica por conta, desde logo, de um abandono histórico a que submetido esse conjunto de normas, que ficaram à margem do desenvolvimento do Direito Punitivo, este identificado como Direito Penal. Assim, as normas de Direito Administrativo Sancionador eram manejadas e tratadas historicamente no bojo do chamado poder de polícia da Administração Pública, cujas principais características remetiam, e ainda remetem, à discricionariedade das autoridades competentes. Daí decorre, em boa medida, a flexibilidade de uma legalidade permeada por competências discricionárias, sempre voltadas à direção do interesse público. Eis uma nota diferenciadora importante a apartar a legalidade administrativista da legalidade penalista".

[114] OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 227.

[115] Excepcionando, também, o rigor na aplicação do princípio da legalidade no âmbito do Direito Administrativo sancionador, mas sem justificar a diferenciação, Ivana David afirma que: "Logicamente, que ao contrário do que se exige em Direito Penal – correlação absoluta entre o crime e a pena, pois a consequência, via de regra, é a restrição da liberdade –, no âmbito administrativo sancionador encontra-se espaço para a flexibilização de tal correlação, frisando-se, no entanto, que nem de longe se permite liberdade absoluta, situação que invadiria o campo do arbítrio". DAVID, Ivana. As garantias constitucionais no direito administrativo sancionador. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 119-130, p. 127.

[116] "(...) os princípios do Direito Administrativo Sancionador possuem alcances diversos, conforme os casos e situações tratadas pelo legislador e pelos operadores jurídicos. Referimo-nos ao fato de que não há uma dogmática absolutizante e unitária para todas as relações expostas ao poder punitivo do Estado. (...) no Direito Administrativo Sancionador, haverá, em escala maior, o fenômeno da fragmentação do poder punitivo, dado que os regimes jurídicos imponíveis serão muitos, e muitas serão as diferenças relevantes entre uns e outros". OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 219.

[117] OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 220. Grifou-se.

O trecho destacado ilustra que, embora interessante a proposta do autor de buscar um núcleo mínimo aplicável ao direito administrativo sancionador, não é clara a delimitação desse núcleo (ou da técnica para se identificar esse núcleo). A remissão à categoria das chamadas relações de sujeição especial, aliás, torna ainda mais difícil essa identificação. É que, tal como o "princípio da supremacia do interesse público sobre o privado"[118] ou as "razões de Estado", a locução funciona como uma espécie de "guarda-chuva" conceitual que tem o condão de tudo "legitimar" – inclusive o afastamento arbitrário de direitos e garantias. É como se a mera remissão a uma "relação de sujeição especial" justificasse, *per se*, tratamentos diferenciados e excepcionais.[119- 120]

Saliente-se, por fim, que Fábio Medina Osório ainda analisa: i) aspectos relacionados à aplicação da norma sancionadora (como a possibilidade jurídica de retroação, a vedação do *bis in idem*, o concurso de ilícitos e a continuidade de infrações);[121] ii) à responsabilização do infrator, analisada sob as óticas dos princípios da culpabilidade, da pessoalidade e da individualização da sanção, bem como de aspectos envolvendo a responsabilização de pessoas jurídicas; [122] e iii) ao devido processo legal sancionador (quando examina, *e.g.*, o princípio da

[118] Sobre a necessidade de uma releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, veja-se: SARMENTO, Daniel. (Org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[119] Na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, esse risco fica evidente. Para o autor, a Administração Pública deve dispor de poderes normativos mais amplos nas chamadas relações de "supremacia especial", pois nelas haveria apenas questões *interna corporis*. Veja-se: "(...) tanto infrações administrativas como suas correspondentes sanções têm que ser instituídas em lei – não em regulamento, instrução, portaria e quejandos. Ressalvem-se, entretanto, as hipóteses retro referidas, atinentes à chamada 'supremacia especial' (...), em que a Administração extrai seus poderes não diretamente da lei, mas de um vínculo específico travado com o particular – como, por exemplo, de uma concessão de telecomunicações ou do ato de admissão de alguém a uma biblioteca pública. Assim, com base neles é que o próprio órgão administrativo, respeitados os condicionamentos dantes expostos, configurará infrações e correlatas sanções". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 821. A ideia, portanto, é de um vínculo específico da Administração Pública com o particular (na chamada relação de sujeição especial), que justificaria a atribuição ao administrador de competências normativas mais amplas, inclusive quanto à configuração de infrações e sanções administrativas. Mas quais os limites dessa exceção ao princípio da legalidade estrita? E que outras garantias seriam excepcionadas em razão dessa específica relação do administrado com a Administração Pública? Perguntas desse tipo não encontram resposta.

[120] Note-se: não se quer defender que não exista a necessidade de uma construção teórica diferenciada em relação ao poder disciplinar da Administração Pública. Pelo contrário. Adiante, ficará claro que um dos traços característicos de uma abordagem funcional é, justamente, o reconhecimento de que o Direito Administrativo tem peculiaridades nas diversas searas em que ele incide. Daí a dificuldade de se falar em um único regime jurídico do Direito Administrativo sancionador. A crítica ora endereçada, portanto, atinge sobretudo as bases em que construído o discurso teórico predominante. É preciso buscar um discurso racional e coerente, além de afinado ao arcabouço axiológico do Estado Democrático de Direito.

[121] Cf. o Capítulo 4 de seu livro: "Teoria da aplicação da norma sancionadora". OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 284-361.

[122] Cf. o Capítulo 5 de seu livro: "Teoria da responsabilidade do agente". OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 363-406.

presunção de inocência, os direitos de defesa e sua amplitude, o dever de motivação das decisões sancionadoras e a prescrição).[123]

Uma exposição doutrinária mais abrangente fugiria ao escopo da tese. O objetivo da explanação foi ilustrar que, no Brasil, parte relevante da doutrina adere à premissa da unicidade do poder punitivo estatal. A partir dela, constrói-se um marco teórico que se pretende bastante protetivo, voltado a limitar o exercício do poder punitivo pela Administração Pública. Ocorre que esse marco teórico não raro é perfurado por exceções quase que "intuitivas", apresentadas sem uma justificativa consistente (como no discurso que excepciona a aplicação de garantias às sanções ditas ressarcitórias, assim como aos administrados submetidos a uma relação de sujeição especial). O resultado não poderia ser outro senão um quadro preocupante de insegurança jurídica. Fica como saldo a sensação de um garantismo "capenga", que ora exige demais, e por isso perde em credibilidade, e que ora protege de menos, ao excepcionar a aplicação de certas garantias ao administrado nas diversas ou em certas relações administrativas, sem explicar satisfatoriamente por quê.

2.2.2 Penalistas.

Na literatura penal, a percepção sobre o poder punitivo estatal é em parte diversa. Em grau ou em qualidade. Dentre os penalistas, prevalece o entendimento de que sanções e ilícitos penais e administrativos ou são diversos em sua intensidade, ou em sua essência.[124] Mas são efetivamente diversos, por razão que vai além do elemento formal (regime jurídico). Esses autores, ademais, enfatizam o caráter subsidiário do direito penal e seu viés retributivo. Isto é, a ideia da pena como um castigo ou de um mal que retribui outro mal. Vale conferir.

---

[123] Cf. o Capítulo 6 de seu livro: "Teoria do processo sancionador". OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 407-466.

[124] A distinção ontológica entre direito penal e direito administrativo sancionador se deve, em grande medida, a James Goldschmidt, jurista alemão. Para Goldschmidt, "crime é a conduta ilícita assim considerada pela lei e infração (contravenção), a desobediência é uma obrigação determinada que cada um tem para com a Administração, como membro integrante da sociedade. A infração não causa dano no sentido técnico da palavra, sendo um descumprimento do dever de colaboração". ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Direito penal administrativo e ilícito fiscal. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 105, p. 397-413, jul./set. 1971, p. 398. Sobre a obra do autor alemão, v. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y processo I*: problemas fundamentales del derecho. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

2.2.2.1. Nélson Hungria.

Em 1945,[125] Nélson Hungria publicou artigo em que defendeu que ilícitos administrativos e penais não se diferenciariam ontologicamente, mas em grau. A ilicitude jurídica, afirmou ele, "é uma só", de modo que a definição por uma ou outra estratégia punitiva atende a critérios de conveniência e oportunidade do legislador, em vista dos interesses sociais e do Estado, em cada momento e lugar. No seu entender, a diferença possível de ser reconhecida é apenas de quantidade ou de grau, e não de qualidade. Ela reside "*na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma* [espécie de ilicitude] *em cotejo com outra. O ilícito administrativo é um* minus *em relação ao ilícito penal*". E justamente por isso, acrescenta, ele não reclama uma resposta nem tão severa, nem associada ao "*vexatório* strepitus judicii".

Para provar essa "identidade essencial" e a distinção apenas quantitativa entre os delitos administrativo e penal, o autor lembra que, no curso da história, teriam sido poucas as infrações penais que não passaram pelo estágio da infração administrativa. E indaga:

> Qual outra diferença, senão de grau, *v.g*., entre o retardamento culposo de um ato de ofício e a *prevaricação*, entre uma infração sanitária e um *crime contra a saúde pública*, entre uma infração fiscal e o *descaminho*, entre *violações de posturas municipais e contravenções penais*?[126]

O criminalista ainda assevera que, tal como em relação aos *ilícitos*, não existiria diferenciação substantiva no campo das *sanções* penais e administrativas. Essas também seriam espécies do mesmo gênero. Daí, por exemplo, a impossibilidade de se distinguirem as multas penais das administrativas, salvo quanto à previsão associada àquela, mas não a esta, de conversão em prisão – ao menos até 1996.[127] De todo modo, isso apenas confirmaria que a diferença existente é de grau, de gravidade, e não de fundo.[128]

---

[125] HUNGRIA, Nélson. Ilícito penal e ilícito administrativo. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945.

[126] HUNGRIA, Nélson. *Op. cit*., p. 26-27. Grifos do original.

[127] A possibilidade de conversão da multa penal em prisão constava do art. 51 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), mas foi suprimida pela Lei nº 9.268/1996, que atribuiu a seguinte redação ao referido dispositivo: "Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição".

[128] "E se há sanções em direito administrativo que o direito penal desconhece (embora nada impediria que as adotasse), nem por isso deixam de ser penas, com o mesmo caráter de contragolpe do ilícito, à semelhança das penas criminais. A única diferença, também aqui, é puramente *quantitativa* (de maior ou menor *intensidade*) e *formal*: as penas administrativas (de direito penal administrativo) são, em geral, menos rigorosas que as criminais e, ao contrário destas, não são aplicadas em via *jurisdicional*, isto é, não vigora a respeito delas o

2.2.2.2. Heleno Cláudio Fragoso.

Ao caracterizar a pena como o meio de coação que confere identidade ao direito penal, Heleno Cláudio Fragoso a define como a perda de um bem jurídico imposta ao autor do ilícito, equivalente a um mal infligido ao réu em virtude de seu comportamento. Daí "o *seu caráter retributivo*".[129]

Segundo o autor, o sistema do direito criminal, hoje em crise, deve passar por uma ampla reformulação, que limite a intervenção penal aos casos específicos em que estiver em causa um bem ou valor social relevante. Diante do alto custo social associado à pena, ela somente deve ser imposta quando indispensável. Assim é que, em sentido diverso a Nélson Hungria, Heleno Fragoso sustenta a necessidade de haver um exame rigoroso dos casos em que a criminalização deva ser mantida e daqueles em que se justifique a despenalização da conduta, como na criminalidade de bagatela e dos fatos puníveis situados puramente na ordem moral.[130]

2.2.2.3. Damásio de Jesus.

Damásio de Jesus,[131] diferentemente de Nélson Hungria, filia-se a uma perspectiva fortemente substantivista para delimitar o objeto do direito penal. A seu ver, esse é um campo que abarca os ilícitos atentatórios aos bens mais importantes para a sociedade, como a vida humana, a integridade corporal dos cidadãos, a honra e o patrimônio. Por exigência de justiça, a pena constrange "*o autor da conduta punível a submeter-se a um mal que corresponda em gravidade ao dano por ele causado*".[132]

Sem prejuízo disso, ele afirma que, ao longo do tempo, o direito penal passou a abarcar outras medidas destituídas do caráter eminentemente retributivo da pena (como um castigo), para combater eficazmente a criminalidade. Refere-se, então, às medidas de segurança, dirigidas não propriamente a punir o criminoso, mas a promover a sua recuperação social ou segregá-lo do meio social.[133]

---

princípio *nulla poena sine judicio* ou *nemo damnetur nisi per legale judicium*". HUNGRIA, Nélson. *Op. cit.*, p. 26-27. Grifos do original.

[129] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito pena*l: parte geral, 13ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 3.

[130] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 5.

[131] JESUS, Damásio de. *Direito penal*, v. 1: parte geral. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

[132] JESUS, Damásio de. *Op. cit.*, p. 45.

[133] JESUS, Damásio de. *Op. cit.*, p. 45-46.

2.2.2.4. Paulo Cesar Busato.

Paulo Cesar Busato[134] também se alinha à vertente qualitativa de delimitação do direito penal. Segundo o autor, esse ramo do direito, como *ultima ratio*, tem por missão o controle social do intolerável, ou seja, daqueles ataques suficientemente graves, intoleráveis, a bens jurídicos essenciais, que não possam ser protegidos por outras normas de preservação de estruturas sociais.[135] O autor frisa que as penas são o instrumento mais contundente de que dispõe o Estado para levar a cabo o controle social. São atos de violência; de agressão; de compressão da liberdade.[136] Daí seu o caráter necessariamente subsidiário.

2.2.2.5. Fernando Capez.

Para Fernando Capez, o direito penal abrange os "*comportamentos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social*".[137] Remetendo a Hans Welzel,[138] ele destaca que as normas penais têm por missão, além da proteção de bens jurídicos fundamentais (como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade), promover a celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo. É dizer: assegurar que os valores da consciência jurídica, de natureza ético-social, sejam observados e cultivados entre os cidadãos.

Quanto à discricionariedade política do legislador para criação de tipos penais, Fernando Capez destaca que, em um Estado Democrático de Direito, o agente político está constrangido não apenas por limites formais, mas também materiais. A seu ver, a Constituição exige que o legislador penal selecione, dentre os comportamentos humanos, aqueles realmente graves, dotados de real lesividade social.

---

[134] BUSATO, Paulo Cesar. *Op. cit.*

[135] BUSATO, Paulo Cesar. *Op. cit.*, p. 17.

[136] BUSATO, Paulo Cesar. *Op. cit.*, p. 2-3.

[137] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, v. 1: parte geral (arts. 1º a 120). 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17.

[138] "Para Welzel, '...mais essencial que o amparo dos bens jurídicos particulares concretos é a missão de assegurar aos cidadãos o cumprimento legal permanente ante os bens jurídicos; é dizer, a fidelidade diante do Estado, o respeito da pessoa'". CAPEZ, Fernando. *Op. cit*., p. 19. Eis a obra de Hans Welzel referida no texto: WELZEL, Hans. *La teoría de la acción finalista*. Tradução de Eduardo Friker, Buenos Aires: Depalma, 1951., p. 12.

2.2.2.6. Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú.

Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú definem o direito penal como um mecanismo de controle social (o mais intenso deles) pelo qual o Estado "*castiga com sanções negativas de particular gravidade as condutas consideradas mais nocivas para a convivência, objetivando, desse modo, a necessária disciplina social e a correta socialização dos membros do grupo*".[139] A pena, de caráter retributivo, consiste em um mal infligido ao réu como resposta a seu comportamento ilícito.

Embora os autores associem o direito penal à prevenção dos comportamentos tidos como os mais intoleráveis, eles afirmam, na linha do entendimento de Nélson Hungria, que ilícitos penais e administrativos são ontologicamente iguais. As diferenças estariam, assim, tanto nas fontes de criação de um e de outro quanto na gravidade das consequências por cada um impostas.[140]

2.2.2.7. Luiz Regis Prado.

Para Luiz Regis Prado, o direito penal é o campo voltado a disciplinar comportamentos altamente reprováveis ou danosos à sociedade, capazes de afetar gravemente bens jurídicos essenciais ao organismo social e ao desenvolvimento humano.[141] A despeito da ênfase no elemento material, o autor admite que, em decorrência da unidade do ordenamento jurídico e do sistema de sanções, o direito administrativo sancionador também tutela, ao lado do penal, bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à sociedade, buscando proteger direitos fundamentais pela prevenção e pela repressão. Daí *"(...) a impossibilidade de serem encontrados critérios sólidos que permitam apreciar uma diferença de ordem qualitativa relevante entre ilícito penal e ilícito administrativo*".[142] A diferença, ele afirma, é de grau; nunca de essência.[143]

---

[139] GUEIROS, Artur de Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Curso de direito penal: parte geral, 2ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 3-4.

[140] GUEIROS, Artur de Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Op. cit*., p. 13.

[141] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, 14ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 67.

[142] PRADO, Luiz Regis. *Op. cit*., p. 73.

[143] "O delito e a infração administrativa têm um conteúdo material similar e idêntica estrutura lógica. Tanto as penas quanto as sanções administrativas encontram justificação na magnitude da lesão a um bem jurídico determinado e na sua necessidade de imposição". PRADO, Luiz Regis. *Op. cit*., p. 73.

2.2.2.8. Nilo Batista.

Propondo uma análise crítica e sociológica do direito penal e da pena, Nilo Batista chama a atenção para a necessidade de se entender esse ferramental a partir das finalidades para as quais ele foi desenvolvido. O direito penal, ele afirma, "*existe para cumprir finalidades, para que algo se realize, não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais*".[144]

Sobre esses fins, Nilo Batista afirma que a missão da pena está usualmente associada a três olhares: à retribuição, isto é, à imposição de um mal pelo mal anterior cometido pelo infrator, restaurando-se, com isso, a justiça; à intimidação de todos, pela ameaça de imposição da pena e por sua execução exemplar; e à necessidade de se conter e tratar o criminoso. São objetivos, assim, que "*vinculam interativamente um criminoso predominantemente 'acontecido', a pena e a sociedade, e dispõem de um 'sinal social negativo' que efetivamente timbra a pena*". [145]

Em uma releitura crítica, o autor propõe que a missão do direito penal seja redirecionada à proteção de bens jurídicos, mas a partir da consciência de que esses bens são aqueles escolhidos pelas classes dominantes, ainda que aparentem certa universalidade. O direito penal e as penas, portanto, serviriam à reprodução de uma sociedade dividida em classes, em que efeitos sociais não declarados da pena também configurariam uma espécie de "missão secreta" da disciplina.[146]

2.3 **Distinções fortes, fracas e a abordagem proposta na tese.**

A exposição doutrinária acima oferece uma amostra do referencial teórico de que parte a tese – para dele se afastar, como ficará claro. Tal como se viu, no direito administrativo brasileiro atual, algumas premissas teóricas, construídas a partir de raciocínios formalistas e conceituais, encontram forte adesão entre os juristas. Sem descurar das particularidades que permeiam o entendimento de cada um dos autores, é comum dentre eles: *i)* partir-se da sanção administrativa como uma resposta (necessária e quase automática) aplicável ao particular pelo cometimento de um ilícito administrativo, com aptidão para lhe gerar um efeito gravoso; *ii)* defender-se que tanto a sanção administrativa como a penal decorrem de um *ius puniendi*

[144] BATISTA, Nilo. *Op. cit*, p. 20.
[145] BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 111-112.
[146] BATISTA, Nilo. *Op. cit*., p. 116.

estatal único e por isso são ontologicamente iguais; *iii)* afirmar-se que, em razão da inexistência de diferença ontológica, o que diferencia os dois tipos de sanção é o elemento formal, *i.e.*, o regime jurídico atribuído pelo legislador em cada caso;[147] *iv)* concluir-se que, por tudo isso, cabe ao Estado, no exercício de sua discricionariedade político-legislativa, decidir por qual caminho trilhar, com ampla dose de liberdade.

Observa-se ainda um desacordo quanto às finalidades associadas à sanção administrativa. Há autores que se referem a objetivos *preventivos* e de *desestímulo* (Heraldo Garcia Vitta, Rafael Munhoz de Mello e Daniel Ferreira); *punitivos* (Régis Fernandes de Oliveira); *ressarcitórios* (Régis Fernandes de Oliveira e Rafael Munhoz de Mello); *retributivos* (Régis Fernandes de Oliveira e Rafael Munhoz de Mello); *repressivos* (Daniel Ferreira e Fábio Medina Osório); e *disciplinares* (Fábio Medina Osório). Chama a atenção nas obras, também, a caracterização da sanção administrativa como um *mal*, uma *situação desfavorável*, uma *aflição* e até um *castigo*. Ou seja, admite-se uma aproximação conceitual com termos usualmente adotados para se referir às penas, o que, de toda forma, é coerente com a premissa da identidade ontológica entre essas searas.

Já na literatura penal, verifica-se um esforço mais evidente de diferenciação entre as disciplinas. Quando menos, por uma ótica quantitativa (de grau). Nélson Hungria, por exemplo, concorda que não exista diferença ontológica entre os ilícitos, mas afirma que há de quantidade. Ilícitos criminais são tipificados para endereçar condutas tidas como mais graves pela sociedade, o que justifica a aplicação de uma sanção mais severa e capaz de estigmatizar o ofensor (o "*vexatório* strepitus judicii"). Caminham no mesmo sentido Artur Gueiros, Carlos Eduardo Japiassú e Luiz Regis Prado. Já para Damásio de Jesus, Paulo Cesar Busato e Fernando Capez, o direito penal é qualitativamente distinto, já que é um campo reservado aos

---

[147] Como se mencionou no texto, aderem a essa posição Heraldo Garcia Vitta, Regis Fernandes de Oliveira, Rafael Munhoz e Fábio Medina Osório. Este autor, inclusive, chega a afirmar que, em termos gerais, o direito administrativo é menos severo do que o penal. A despeito disso, não haveria, em princípio, um dever de coerência legislativa. Em outras palavras: o legislador não estaria obrigado a escolher a via criminal diante de violações mais graves do ponto de vista axiológico, podendo incorrer em incoerências legislativas. Daí porque seria "reduzido, para não dizer praticamente nulo, (...) o campo de atuação da proporcionalidade nessa esfera de atuação estatal". OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit*, p. 209. Daniel Ferreira, de sua vez, defende posição diversa. Ela defende a existência de limites materiais aplicáveis à atividade legislativa de tipificação de ilícitos, mas à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, encampados, explícita ou implicitamente, pelo Estado Democrático de Direito. Segundo o autor, direito penal e direito administrativo podem atuar tanto juntos como de maneira alternada, servindo como possibilidades abertas à definição pelo legislador. Mas há "*peculiares hipóteses"* que exigem isolamento, como a de um assassinato e a de um estacionamento irregular. São casos em que "[n]ão há constitucional espaço para as duas previsões e nem para a inversão de pautas ou de prioridades, quanto mais à guisa de liberdade legislativa". FERREIRA, Daniel. *Op. cit.*, p. 167. Ressalve-se, por fim, que essa representa uma mudança de posição do autor, que, em sua dissertação de mestrado publicada em 2001 (*Sanções administrativas*, São Paulo: Malheiros, 2001), entendia que a distinção entre os ilícitos era apenas formal.

comportamentos mais graves e perniciosos, capazes de afetar os bens jurídicos mais caros e sensíveis à coletividade.[148] Sobre os criminalistas, destacou-se, ainda, a percepção do direito penal como *ultima ratio* (mencionada, por exemplo, nas obras de Paulo Cesar Busato e de Heleno Fragoso), e seu viés retributivo, que foi explicado, *e.g.*, por Nilo Batista.

Pode-se falar, assim, que os criminalistas enxergam distinções mais fortes entre os dois ramos do direito, ao passo que os administrativistas as veem mais fracas, vez que pautadas apenas (ou sobretudo) no regime jurídico formal escolhido discricionariamente pelo legislador. É possível que as razões para tanto sejam históricas. As bases teóricas do direito penal solidificaram-se na segunda metade do século XVIII, quando das revoluções liberais.[149] Desde lá, a dogmática evoluiu e amadureceu. No direito administrativo sancionador, de sua vez, a despeito da trajetória errática por que passou, tem-se o exercício de uma competência que se expandiu bem mais recentemente e de forma heterogênea: para diversos campos; com diferentes intensidades; ora em substituição ao direito penal; ora em complementação a ele. Talvez esse seja, de fato, um dos elementos que dificulte a construção de uma dogmática responsiva às particularidades da atividade sancionatória administrativa. Mas que não justifica descartá-las. E é justamente esse o ponto da tese.

As distinções fracas que hoje prevalecem na doutrina administrativista abrem espaço a uma promiscuidade nociva entre o direito administrativo sancionador e o direito penal – de que é sintoma a caracterização da sanção administrativa como um *mal* ou um *castigo*. A rigor, reproduz-se um raciocínio que é circular. Diz-se que a sanção é administrativa porque o legislador definiu o seu regime jurídico como de direito administrativo; e porque o regime jurídico é de direito administrativo, diz-se que a sanção é administrativa. Mas o que define esse regime jurídico para além da competência atribuída à Administração Pública para impor a sanção?

---

[148] Embora os penalistas se dividam entre aqueles que enxergam, entre os ilícitos e sanções penais e administrativos, diferenças de grau ou de qualidade, parece-nos que as fronteiras entre os dois entendimentos não são tão claras. Nélson Hungria, por exemplo, entende que certas condutas são valoradas e reprimidas segundo um sistema de maior gravosidade do que outras, o que seria uma diferença apenas de grau. Ocorre que, ainda que exista um fator de grau, há certas condutas que, por suas características, não poderiam ser tratadas apenas pelo direito administrativo sancionador e vice-versa. O próprio Hungria, ao tratar do direito penal, refere-se a violações que agridem de maneira mais intensa o interesse público, o que justifica, por isso, que se coloque em marcha um sistema repressivo peculiar, aplicado pelo Poder Judiciário e capaz de levar ao encarceramento. HUNGRIA, Nélson. *Op. cit.*, p. 27: "(...) para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal"). Ao fim e ao cabo, parece-nos que, entre grau e qualidade, não são tão distintos os pontos de vista dos autores que aderem a uma ou a outra corrente.

[149] Tal como se mencionou no capítulo 1.

A resposta usual dá a dimensão do problema. De modo geral, a literatura recorre à identidade de fundo entre as sanções administrativas e criminais (o *ius puniendi* único) para, com base nela, e tendo por referência o marco da Constituição da República de 1988 – especialmente as garantias penais fixadas no art. 5º – delinear os princípios e regras aplicáveis ao direito administrativo sancionador. Só que faltam parâmetros ou consensos mínimos. Afinal, o que pode e deve ser estendido à seara administrativa do rol do art. 5º da CRFB/1988? Qual o critério orientador dessa transposição?

É para esse contexto – de falta de clareza e de entendimento; de soluções teóricas e práticas insuficientemente fundamentadas, contraditórias e até arbitrárias – que se volta a tese. Em primeiro lugar, para propor um discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador sensível às particularidades associadas ao exercício dessa atividade. Não se ignora que os campos penal e administrativo mantêm uma comunicação contínua e dinâmica moldada pelas diferentes demandas e necessidades sociais de cada momento histórico.[150] Mas isso não permite afirmar que os institutos sejam fungíveis. Há vocações e papeis distintos em cada caso. Aspectos finalísticos e funcionais próprios que devem ser valorados (ainda que as diferenças quanto ao direito penal sejam de grau, e não absolutas), em busca de consistência e coerência.

No capítulo 3, o objetivo é justamente fixar as bases teóricas de uma abordagem nesses termos, o que passa por considerar:

a) que a sanção administrativa não é um fim em si, mas um instrumento do direito administrativo. Por isso, ela não deve ser tida como uma resposta automática do ordenamento jurídico a uma infração, mas como uma ferramenta que se associa a outras (punitivas e não punitivas) para a criação de incentivos voltados ao maior cumprimento da legislação;

b) que a sanção administrativa não atua preponderantemente para fins retributivos, mas se volta à finalidade de conformação da conduta dos particulares com vista ao alcance de objetivos de interesse público cometidos à Administração Pública. A sanção administrativa, portanto, apresenta um componente dissuasório inerente (e sob essa ótica pode ser tida como uma espécie de técnica regulatória), ao tempo em que preocupações ético-morais são circunstanciais;

c) que a sanção administrativa é aplicada segundo um *modus operandi* próprio conduzido por um corpo orgânico específico (a Administração Pública), diferente do Poder Judiciário. Sua aplicação, ademais, pode levar a efeitos diversos (de reparação, de restrição de

[150] Conforme se viu no capítulo 1 da tese.

direitos sem privação de liberdade, de afetação patrimonial, de esclarecimento público) dissociados ou apenas ancilarmente revestidos do caráter de estigma do direito penal;

d) que esses aspectos incrementam preocupações pragmáticas em torno da eficácia e da efetividade das sanções administrativas, que não superam, mas devem ser conciliadas às preocupações em torno das garantias dos administrados no Estado Democrático de Direito. Nesse ajuste, deve-se ter em vista, ademais, a heterogeneidade ínsita ao exercício do poder punitivo exercido pela Administração Pública;

e) que, por tudo isso, ao contrário do pensamento jurídico amplamente aceito, não é o regime jurídico que define a natureza administrativa da sanção, mas são as características específicas, o papel e os fins peculiares associados ao direito administrativo sancionador e a seus instrumentos que definem o regime jurídico neste campo. Ou seja, o primeiro passo é o reconhecimento do caráter instrumental e das particularidades funcionais e finalísticas da resposta estatal tipificada para, em seguida, preencher-se o conteúdo de seu regime jurídico. Afirmar que a sanção deva ser tida como administrativa ou penal tão apenas a partir do regime jurídico que o legislador lhe atribuiu pouco ou nada esclarece a propósito de quando ou como aplicá-la.

3 **POR QUE PUNIR? POR UM DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

3.1 **Estratégias dissuasórias e retributivas de justificação da sanção.**

Por que punir? Como construir um discurso adequado de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador e de seus institutos? O que legitima o exercício do poder sancionatório pela Administração Pública?

No campo penal, um conjunto de abordagens foi desenvolvido para responder a perguntas desse tipo,[151] incluindo as teorias dissuasórias e retributivas de justificação da pena.[152-153] Embora voltadas ao direito criminal, essas construções teóricas trazem luzes para se refletir sobre a razão de ser e o papel do direito administrativo sancionador e de seus instrumentos. Até porque, como se viu no capítulo 1, a relação entre esses dois ramos do direito sempre evoluiu de forma bastante imbricada e pendular.

---

[151] Como aponta Cristina Emy, as questões em torno da legitimidade do exercício do poder punitivo penal (*se*, *como*, *quando* e *por que* punir) são cooriginárias ao reconhecimento do Estado como titular desse *ius puniendi*: "O debate sobre as finalidades das penas nunca perdeu relevância nas reflexões metajurídicas, filosóficas ou ético-políticas sobre o Direito Penal. O Estado, desde que adquiriu o monopólio da punição, sempre buscou justificações para garantir a legitimidade de aplicação da pena estatal, prévia e legalmente determinada". YOKAICHIYA, Cristina Emy. *Op. cit.*, p. 13.

[152] Além dessas – "*deterrence"* e "*desert models"* –, há outras teorias na seara criminal que procuram justificar a pena. Elas não serão tratadas na tese por se revelarem menos pertinentes para o fim de uma associação com a seara administrativa. É como explica Karen Yeung: "No contexto do direito criminal, foram identificadas cinco possíveis justificativas teóricas para a punição: a dissuasão (que busca deter as pessoas de cometer crimes); reabilitação (que busca reabilitar o ofensor); incapacitação (que busca incapacitar os infratores de modo a torná-los incapazes de reincidir por longos períodos de tempo); retribuição (que procura assegurar que os infratores recebam seus 'justos merecimentos' por crimes cometidos) e restauração ou reparação (voltada a que as vítimas de crimes recebam justiça). Três dessas teorias são *prima facie* inadequadas para a imposição de penalidades no contexto da regulação: a reabilitação parece ter pouca aplicação à regulação econômica e social quando as corporações são os principais infratores; a incapacitação é usualmente limitada a grupos particulares, como infratores 'perigosos' e criminosos de carreira e, por isso, tem pouca aplicação à regulação econômica e social; e a restauração é a principal função das ações privadas para se fazer cumprir o direito regulatório, e não base para a determinação do *quantum* devido ao Estado em processos iniciados por um regulador público. Isso deixa as teorias concorrentes da dissuasão e da retribuição como possíveis bases teóricas para determinar o quantitativo de penalidade por infrações regulatórias." YEUNG, Karen. Quantifying Regulatory Penalties: australian competition law penalties in perspective, *Melbourne University Law Review*, v. 23, n. 2, p. 440-475, 1999. Disponível em: <https://goo.gl/BFgHg1>. Acesso em: 07 jun. 2017. Tradução livre.

[153] Em outra classificação, Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú, referindo-se às teorias desenvolvidas para justificar o direito penal e a pena (as teorias da pena), remetem a três correntes: absolutas, relativas e mistas. Segundo explicam, as teorias absolutas veem a pena como uma exigência de justiça. É um mal a compensar outro mal cometido pelo infrator. As teorias relativas, de sua vez, partem de uma concepção utilitária da pena e a justificam a partir de seu efeito preventivo. A finalidade da pena não seria punir, mas prevenir: seja de modo geral, intimidando todos os possíveis infratores, seja de modo especial, para coibir o autor do crime quanto a uma possível reincidência. Já as teorias mistas (ou unitárias) combinariam elementos das duas primeiras, para dizer que a pena é retribuição, mas deve, também, perseguir os fins de prevenção geral e especial. GUEIROS, Artur de Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Op. cit.*, p. 8-9.

Os subtópicos a seguir buscam apresentar as principais ideias subjacentes a essas teorias. A partir desse arcabouço teórico, propor-se-á a delimitação de um discurso de justificação, interpretação e aplicação específico para o direito administrativo sancionador, modelado a partir de suas finalidades, operacionalidade, de seu caráter instrumental e de seu componente funcional.

3.1.1 As teorias dissuasórias.

As teorias dissuasórias de justificação da pena ("*deterrence theories*") propõem uma abordagem econômica da punição construída a partir de raciocínios alinhados à chamada análise econômica do direito – a "*Law and Economics".* Esse foi um movimento teórico que se desenvolveu nos Estados Unidos sobretudo a partir das décadas de 1960 e 1970.[154] Desde então, suas propostas iniciais foram alvo de diversas discussões e críticas, que resultaram na criação de escolas de pensamento com matizes próprios. De toda forma, subjacente a todas está a tentativa pragmática de explicar e conformar a realidade a partir de elementos extrajurídicos com acentuado componente empírico.

As teorias dissuasórias de justificação da pena alinham-se especialmente às ideias pioneiras atribuídas à Escola de Chicago,[155] que tem como representantes autores como Ronald H. Coase,[156] Guido Calabresi,[157] Gary Becker[158] e Richard A. Posner.[159-160] Essa

---

[154] Richard Posner ressalva que análises do direito permeadas por raciocínios econômicos já podiam ser observadas nos Estados Unidos antes mesmo de 1960, em campos como o da concorrência e monopólios. Foi a partir da década de 1960 e, especialmente, do marco representado pela publicação por Ronald Coase de *The problem of social cost* (COASE, Ronald H. The problem of social cost. Journal of Law and Economics, v. 3, p. 1-44, 1961) que, nas palavras de Posner, uma teoria econômica do direito pôde ser visualizada, a ponto de, a seu ver, nenhum campo do direito poder ficar alheio a uma abordagem esclarecedora a partir das lentes da economia. POSNER, Richard A. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. *Program in Law and Economics Working Paper*, n. 53, University of Chicago Law School. Disponível em: <https://goo.gl/Zbf7sS>. Acesso em: 29 maio 2017.

[155] Como explica Thiago Cardoso Araújo: "A ênfase em relação ao pensamento praticado em Chicago, norteado por Richard Posner e seus colegas, se justifica por alguns motivos. A uma, por ser a pioneira na consolidação de um núcleo comum, derivado, como se verá, da junção das obras de Gary Becker, Ronald Coase e Richard Posner, além do esforço em sua defesa carreado por Aaron Director. É dizer: a história da criação do campo confunde-se com a referida aproximação de AED. A duas, por ser a versão mais influente da AED, sendo a mais difundida e também aquela que mais foi objeto de críticas". ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Uma proposta modesta*: uma visão da análise econômica do Direito à luz da teoria dos sistemas e possibilidades de sua aplicação. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 223.

[156] V. COASE, Ronald H. *Op. cit*, p. 1-44.

[157] V. CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar., 1961.

[158] V. BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Eds.). *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. [S.l.: s.n.], 1974, p. 1-54. Disponível em: <https://goo.gl/QJPRbG>. Acesso em: 16 dez. 2016.

vertente da análise econômica do direito apoia-se no referencial teórico do *homo economicus*, que enxerga os indivíduos como seres racionais (orientados pela razão)[161] capazes de se comportar no mercado e fora dele sempre com vista a maximizar suas preferências. Assume-se um estado de racionalidade e informação perfeitas,[162] em que os indivíduos estariam plenamente habilitados a realizar prognoses. Logo, conhecedores das informações necessárias quanto às alternativas com as quais se deparam, eles estariam sempre aptos a avaliar os resultados esperados de cada uma delas para, em seguida, realizar suas opções à luz daquilo que desejam.

Essas escolhas seriam guiadas por análises de custos e benefícios. A ideia é que, nas suas diversas atividades, as pessoas projetem ganhos e custos adicionais de suas ações e decidam agir apenas se os primeiros superarem os segundos (ou ao menos se equipararem a eles). O mesmo racional os guiaria inclusive na seara dos comportamentos ilícitos. Acredita-se que as pessoas e as instituições são levadas a infringir a lei ou a descumprir um contrato sempre que isso valer a pena. Daí a infração ser vista como o resultado de uma escolha sempre racional e calculada.

Ainda de acordo como os autores da Escola de Chicago, o comportamento racional é resultado de incentivos direta ou indiretamente econômicos, a exemplo do aumento do preço de certo produto (incentivo econômico direto) ou da publicação de uma lei restritiva de direitos (incentivo econômico indireto).[163] Logo, a probabilidade de um indivíduo se envolver em certa atividade ilegal diminuiria na mesma proporção do aumento dos custos[164] associados a esse envolvimento. Por exemplo: quanto mais rígida for a sanção a ser aplicada e mais

---

[159] V. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers, 2007.

[160] Sobre as características da chamada Escola de Chicago, v. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*. 2ª ed. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 96-156.

[161] Como adverte Richard Posner, o termo "racional" deve ser compreendido como adequação entre meios e fins, e não no sentido de "meditação sobre as coisas". POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 473-474.

[162] Sobre racionalidade perfeita *versus* irracionalidade, v. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 198: "Refere-se ao domínio, pelos jogadores, das informações do jogo. Racionalidade é focar os objetivos e encontrar uma forma mais eficiente de alcança-los. Irracionalidade é agir de maneira tal que não se pode antecipar ou prever sua ação".

[163] Carlos Emmanuel J. Ragazzo esclarece que, para os pensadores da Escola de Chicago, a função básica do direito seria alterar incentivos, tomando-se as regras jurídicas, sob essa ótica, como preços. *In verbis*: "As regras estabelecem os custos das ações humanas (o que fica mais claro quando há sanções explícitas, como multas, penas alternativas e aprisionamento). Assim, os indivíduos fazem suas escolhas sobre comportamentos lícitos ou ilícitos com base no binômio sanção (grau da penalidade) e fiscalização (probabilidade de ser capturado e punido)". RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 102.

[164] *Custos* são referidos no texto em uma acepção ampla, como o conjunto de consequências negativas para o indivíduo – monetárias ou não.

eficiente a fiscalização estatal, mais "cara" será a opção pela conduta ilícita.[165] Tais variáveis, então, funcionariam como "preços" na equação racional estabelecida por cada agente ao decidir pagá-los ou não.

É exatamente essa lógica de cálculos econômicos que permeia as teorias dissuasórias. A punição é vista como um preço a ser pago pelo infrator que se justifica e se impõe para detê-lo do cometimento do ilícito, assim como para coibir terceiros tentados a incorrer na mesma infração. Daí o caráter *dissuasório* ou *preventivo* da pena. Já que o ato ilícito impõe custos à sociedade, tanto diretos (em razão dos efeitos da conduta ilícita), quanto indiretos (em virtude dos recursos despendidos para financiar a persecução penal), a sanção deve ser fixada em patamar suficiente para impedir ou reduzir o índice de infrações e, com isso, minimizar os custos totais para a sociedade.

A partir desse pano de fundo teórico, abrem-se duas variações das teorias dissuasórias: o modelo de *dissuasão ótima* e o modelo de *ganhos ilícitos*. O primeiro, também chamado de modelo de *internalização dos custos* ou de *lesão a terceiros*, busca delimitar um nível ótimo de punição.[166] Nele, assume-se que a conduta ilícita, apesar de gerar custos, pode também produzir benefícios para a sociedade. Por isso, cabe ao legislador eficiente[167] tipificar os ilícitos e quantificar as penas não com vista a combater a totalidade das infrações, mas somente no grau e na medida em que elas se revelarem ineficientes para a sociedade. *I.e.*, quando os custos líquidos gerados para a sociedade superarem os benefícios líquidos. Seria o caso de uma indústria que, mesmo poluente, fosse capaz de gerar riquezas, empregos e bens

---

[165] Sob essa ótica, a lógica de cálculos econômicos pode colocar em xeque, inclusive, a viabilidade e a efetividade de esquemas sancionatórios. Veja-se: "O incentivo financeiro proporcionado pelas punições é uma função da certeza do infrator ser penalizado e da gravidade da penalidade a ser imposta. A probabilidade de um ofensor ser penalizado é muito baixa na maioria dos regimes regulatórios, não apenas porque a maioria das violações detectadas pelos fiscais escapam da punição, mas também porque muitas violações não são detectadas. Se a probabilidade de uma infração ser detectada fosse uma em cem, e apenas uma em uma centena de violações conhecidas levasse a uma penalidade (estimativas razoáveis para muitos tipos de infrações), então a probabilidade de uma infração resultar em punição seria de uma em cada dez mil. Nesse cenário, a menos que o ofensor putativo superestime grosseiramente a probabilidade de punição ou seja muito adverso ao risco, é necessária uma pena de três ou quatro ordens de grandeza maior que o custo da conformidade para dissuadir um possível ofensor potencial que considere apenas o impacto das sanções formais. Penalidades dessa magnitude são extremamente raras.". BROWN, Richard. Theory and practice of regulatory enforcement: occupational health and safety regulation in British Columbia. 16 Law & Pol'y, 63 1994, p. 66. Tradução livre.

[166] V. YEUNG, Karen. *Op. cit*., p. 860-861.

[167] A caracterização da eficiência econômica como critério para a elaboração e avaliação das regras legais é um ponto central para os autores filiados à Escola de Chicago. A eficiência há de ser compreendida a partir das definições de Pareto e de Kaldor-Hicks, tendo-se esta como a mais apropriada. Sob a ótica de Pareto, a eficiência é alcançada quando nenhum indivíduo pode melhorar a sua situação sem piorar a de outro. Já segundo o critério de Kaldor-Hicks, uma medida se revela eficiente se os ganhos para os seus beneficiários excederem as perdas impostas aos que as suportam, em uma lógica de compensação. Nesse sentido, como explica Ragazzo, "(...) não é possível adotar o critério de eficiência paretiana para orientar a tomada de decisões envolvendo políticas públicas. O critério de Kaldor Hicks é o mais apropriado para essas hipóteses, uma vez que toda decisão de política pública envolve ganhadores e perdedores". RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit*., p. 91-92.

de consumo. Se os benefícios proporcionados à sociedade superarem os custos, a lógica é não inviabilizar a atividade do poluidor com a sanção, mas submetê-lo ao dever de internalização dos custos decorrentes dessa atividade.

Por isso que, para a dissuasão ótima, punição em excesso é sintoma de ineficiência.[168] A sanção deve ser estrategicamente calibrada para não inibir *tout court* a ação ilícita, mas fazer com que o ofensor internalize os seus custos, o que pressupõe neutralizar os prejuízos totais gerados a terceiros (*i.e*., as externalidades produzidas pelo ilícito), bem como os custos indiretos associados à ativação da máquina estatal (custos de fiscalização e punição). O *quantum* ótimo da penalidade deve ser ajustado, ainda, à luz de outras variáveis, como a probabilidade de detecção e de punição da conduta ilícita. Realmente, quanto menor a probabilidade de punição, menores são os custos da infração para o potencial ofensor, de modo que esse também é um fator que deve estar refletido no cálculo da punição.

Coube a Gary Becker, um dos expoentes da Escola de Chicago, explorar esse enfoque de dissuasão ótima no campo punitivo. Para o autor, o crime deve ser encarado como uma atividade economicamente relevante. Uma "indústria". Logo, cabe aos legisladores e administradores públicos calcular, em termos objetivos, a medida de recursos a serem gastos e de punições a serem instituídas com vista a assegurar o cumprimento ótimo da legislação em certa localidade. Isso passa, dentre outros fatores, por uma avaliação dos custos atrelados à persecução penal e à condenação dos infratores, bem como pela definição da natureza da pena a ser imposta – se de detenção ou de multa, por exemplo. Além disso, não se deve descurar da lógica dos incentivos como motor que impulsiona o comportamento humano.[169] Nas palavras de Gary Becker:

> (...) uma pessoa comete um crime se a utilidade esperada para ela excede a utilidade que ela poderia obter usando seu tempo e outros recursos em outras atividades. Algumas pessoas se tornam 'criminosos', portanto, não porque a sua motivação básica difira da de outras pessoas, mas porque os seus benefícios e custos diferem. (…).[170]

O autor, portanto, rejeita explicações relacionadas a fatores psicológicos ou culturais. Ao contrário, ele propõe uma análise das regras penais a partir da ótica mais abrangente da análise econômica do direito, orientada pela premissa de que o número de infrações varia

---

[168] Como ensina Karen Yeung, ao explicar que o problema de "excesso de dissuasão" "(...) surge se as penalidades forem definidas em um nível excessivamente alto. A dissuasão excessiva deve ser evitada porque resulta na dissuasão de comportamentos ilegais que podem incrementar o bem-estar.". YEUNG, Karen, *Op. cit*., p. 448. Tradução livre.

[169] BECKER, Gary S. *Op. cit.*, p. 2.

[170] BECKER, Gary S. *Op. cit.*, p. 9. Tradução livre.

segundo os fatores de maximização e minimização dos custos individuais. Por isso, como já se mencionou, elementos como a probabilidade de o indivíduo ser responsabilizado e punido, bem como a renda que ele deixaria de auferir ao optar pela ação ilegal, seriam decisivos para a sua escolha – sempre racional.[171] Ao fim, trata-se de analisar se o crime compensa, à luz dos riscos e benefícios estimados pelo potencial ofensor.

Pautada nas mesmas premissas racionalistas (do *homo economicus*, do individualismo metodológico e da lógica de incentivos), a segunda variação do modelo de *deterrence*, denominada modelo de *ganhos ilícitos*, diverge em parte da primeira ao propor que a detenção seja absoluta e completa (e não ótima)[172] O pressuposto nesse caso é de que os prejuízos causados pela conduta ilícita sempre superam os benefícios. Logo, a redução dos custos sociais depende da completa eliminação da conduta infracional. E, para isso, a penalidade deve ser fixada, no mínimo, em patamar equivalente ao ganho esperado pelo infrator. Daí porque, diferentemente da primeira versão da teoria, o objetivo da pena não deve se voltar apenas à internalização pelo ofensor dos custos sociais (diretos e indiretos) por ele gerados, mas à eliminação de todo e qualquer tipo de ganho. Acredita-se que, sem a perspectiva de auferir benefícios econômicos, o ator racional não tenha incentivo para infringir a lei.[173]

Como se verifica, há nuances que marcam cada uma das variações do modelo dissuasório e que impactam a maneira de se calcular o *quantum* desejado (e justificável) de punição em dada sociedade. A despeito disso, ambas as vertentes têm em comum um olhar consequencialista,[174] típico do pensamento pragmático.[175] A abordagem proposta é claramente

---

[171] BECKER, Gary S. *Op. cit.*, p. 9.

[172] V. YEUNG, Karen, *Op. cit*., p. 447-448; e MINZNER, Max, Why Agencies Punish, 53 *Wm. & Mary* L. Ver, n. 853, p. 853-917, 2012. Disponível em: <https://goo.gl/29aRnU>. Acesso em: 24 maio 2017.

[173] Quanto a essa variação do modelo de dissuasão, Karen Yeung explica que os custos associados à aplicação das penalidades (nas atividades de fiscalização e punição) podem não levar a um ajuste na medida da sanção, mas afetar a própria estratégia persecutória do poder público. *In verbis*: "Em relação à variante do 'ganho ilícito' do modelo de dissuasão, a existência de custos de *enforcement* pode afetar a estratégia de *enforcement* adotada pelo poder público, e não o *quantum* da penalidade. Embora a variante de ganhos ilícitos do modelo de dissuasão devesse ser aplicada a condutas sempre capazes de reduzir o bem-estar, de modo a dissuadi-las absolutamente, se o custo do dano causado pela conduta for menor do que os custos de *enforcement* incorridos na eliminação da conduta, então nenhuma ação de *enforcement* deve ser adotada.". YEUNG, Karen, *Op. cit*., p. 449-450. Tradução livre.

[174] Sobre a importância das consequências – e da economia, para iluminar o operador do direito quanto a elas –, posiciona-se Posner: "(...) o papel da economia no debate moral e político é chamar a atenção para consequências ou implicações que as pessoas sem conhecimentos econômicos comumente negligenciam. O que você faz com essas consequências é negócio seu. O papel básico do economista é lembrar-nos das consequências, muitas vezes – mas nem sempre – adversas ou pelo menos custosas, dos atos ou práticas que de outra forma poderíamos pensar serem claramente boas ou más". POSNER, Richard A. *Op. cit.*, p. 10-11. Tradução livre.

[175] No campo filosófico, Thamy Pogrebinschi explica que o pragmatismo pode ser definido a partir de três grandes ideias, a saber: o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo. POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo*: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. Sobre o tema, v.

prospectiva ou "*forward-looking"*,[176] já que a sanção existe como um fator de criação de custos dirigidos a seres ou instituições racionais, que só se justifica *se* e *enquanto* cumprir esse papel. Isto é, *se* e *enquanto* for efetiva para inibir condutas não desejadas dos particulares, de forma ótima ou absoluta. Para tanto, cabe ao Estado definir o seu patamar a partir de um conjunto de variáveis precificáveis, como o ganho esperado pelo ofensor com a conduta ilícita, o dano ou risco de dano criado pela infração, a probabilidade de detecção da conduta ilícita e os custos associados à aplicação da sanção.

3.1.2 A teoria retributiva.

Diferentemente dos modelos dissuasórios, a teoria retributiva ("*desert theory"*) enxerga a pena como um ato de vingança estatal. Uma espécie de mal causado ao ofensor por merecimento, que deve ser tão grave quanto a infração por ele cometida, na exata medida de sua culpabilidade. Há subjacente a essa censura uma forte carga de reprovação moral. A ideia é que o infrator receba a justa retribuição pelo ilícito que causou. Sob essa ótica, a pena é justificada como exigência de justiça. Logo:

> Quem pratica um mal deve sofrer um mal. A pena se funda na justa retribuição, é um fim em si mesma e não serve a qualquer outro propósito que não seja o de recompensar o mal com o mal. Os filósofos Kant e Hegel foram os maiores teóricos desta corrente, tendo o primeiro formulado esta teoria de modo ilustrativo: mesmo que a sociedade civil com todos os seus membros decidisse dissolver-se teria, antes, de ser executado o último assassino que estivesse no cárcere, para que cada um sofresse o que os seus atos merecessem, e para que as culpas do sangue não recaíssem sobre o povo que não haja insistido no seu castigo. Hegel, por seu turno, desenvolveu a fórmula dialética sobre a essência da pena ser a 'negação da negação do direito.[177]

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 36-38. "O (i) antifundacionalismo é a 'ideia de que as verdades são criadas, não encontradas; situadas, não objetivas; mutantes, não eternas; parciais, não absolutas'. É a rejeição, sistemática e constante, de verdades apriorísticas, dogmas, abstrações metafísicas. (…). Quanto ao (ii) consequencialismo, (…) se trata de característica do pragmatismo filosófico que prioriza as consequências do ato, teoria ou conceito. (…) Por ora, recordemos a máxima pragmática: o significado e a verdade de teorias devem ser buscados por intermédio de uma análise da diferença que fazem para a realidade. Ou seja, por um processo mental de adiantamento e avaliação de suas consequências. (…) O (iii) contextualismo não causa grandes dúvidas. É o destaque do contexto – social, político, histórico, cultural – na investigação filosófica e científica. (…)."

[176] Ou seja, uma abordagem que tem "olhos voltados para o futuro, por meio de alguma antecipação prognóstica". BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit*., p. 54.

[177] GUEIROS, Artur de Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Op. cit.*, p. 8.

Como explica Cristina Emy, a teoria retributiva tem na sua concepção clara influência da lei de talião ("olho por olho, dente por dente") e de passagens bíblicas.[178] Já nas idades moderna e contemporânea, foram determinantes a filosofia de Immanuel Kant e de Friedrich Hegel. De Kant[179], a partir de sua teoria da retribuição moral ou ética, sob a ótica de que "*a realização de um mal culpável reivindica o imperativo categórico do castigo ao infrator, como imposição incondicionada da justiça*";[180] de Hegel,[181] pela defesa de que, sendo o ordenamento jurídico (como expressão da vontade geral) a tese, e o delito a sua negação (*i.e.*, a antítese), a pena, como negação da negação, seria a síntese, apta a restabelecer a vontade geral.[182]

Vista assim, como um estigma necessário, a pena deve fixada de forma proporcional *(a)* à gravidade ético-social da ofensa cometida, *(b)* à extensão do dano causado à vítima e *(c)* à culpabilidade do ofensor. Neste terceiro ponto, o agente será considerado mais ou menos culpável tendo em vista *(b.1)* sua intenção quanto ao cometimento do crime, *(b.2)* os motivos que o levaram a realizar o ilícito e *(b.3)* as circunstâncias do ato.

Trata-se, portanto, de um modelo pautado em uma abordagem retroativa ou "*backward-looking*". A punição se justifica, primariamente, não para coibir comportamentos futuros não desejados, mas para castigar o infrator pelo desvio ético-moral já cometido. A pena não é um instrumento de criação de custos e incentivos econômicos, mas uma resposta que se justifica por si só como um estigma. Nessa toada, cabe ao Estado quantificar a sanção em razão do merecimento do ofensor à luz do ilícito cometido, e não a partir de resultados futuros a serem coibidos. Daí a importância de variáveis como a gravidade da ofensa, a intenção do agente e o princípio da proporcionalidade, independentemente dos custos da

---

[178] A autora cita, como exemplo, a seguinte passagem bíblica: "Se homens brigarem e ferirem uma mulher grávida, e ela der à luz prematuramente, não havendo, porém, nenhum dano sério, o ofensor pagará a indenização que o marido daquela mulher exigir, conforme a determinação dos juízes. Mas, se houver danos graves, a pena será vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, contusão por contusão" (Livro êxodo, Capítulo 21, versículo 22-25). Cf. YOKAICHIYA, Cristina Emy. *Op. cit.*, p. 23-24.

[179] KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes.* Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.

[180] YOKAICHIYA, Cristina Emy. *Op. cit.*, p. 24.

[181] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

[182] YOKAICHIYA, Cristina Emy. *Op. cit.*, p. 24. A autora conclui: "Em suma, a teoria absoluta ou retributiva apóia-se na concepção da pena como 'justiça da punição', devendo ser aplicada como resposta obrigatória, em justa medida, quando ocorre a prática de um delito, ainda que não se veja a utilidade dessa resposta à sociedade, justificando-se pela necessidade de retribuir a perturbação causada, de maneira proporcional, e de restabelecer a vigência da 'vontade geral' apresentada pela ordem jurídica". YOKAICHIYA, Cristina Emy. *Op. cit.*, p. 26.

persecução penal e de eventuais benefícios sociais que possam ser associados à atividade ilícita.

3.1.3 Pontos fortes e fracos de cada modelo teórico.

Comparativamente, esses modelos teóricos apresentam vantagens e suscetibilidades. De um lado, os modelos dissuasórios permitem maior objetividade no cálculo das sanções. A lógica de incentivos aponta para a utilização de variáveis que são passíveis, ao menos em tese, de quantificação (ou de precificação), e que por isso permitiriam calcular um *quantum* ideal de penalidade em um ambiente mais racional. Sob essa perspectiva, tal abordagem levaria a punições mais controláveis e, por isso, tendencialmente menos arbitrárias.

Mas há também importantes fragilidades. A começar pela dificuldade – ou mesmo impossibilidade – de se quantificarem as variáveis preconizadas pelo modelo. Nem sempre é fácil mapear e precificar fatores como o desempenho e o custo da persecução penal, o tempo médio para se condenar um infrator e os prejuízos causados pela infração. Essas são informações que dependem de estruturas aptas a coletar informações e depurá-las, nem sempre factíveis em cenários como o brasileiro, em que faltam recursos, vontade política e engajamento social.

Mais ainda: como denunciam os autores filiados à *public choice theory*[183] – outra vertente da análise econômica do direito desenvolvida pela Escola de Virgínia, que estudou a fundo o *modus operandi* da burocracia –, políticos, reguladores e burocratas são movidos pelo autointeresse e por objetivos egoísticos. Assim como os indivíduos em geral, eles também buscam maximizar suas utilidades, preferências e satisfações através de comportamentos estratégicos e racionais, exatamente como o *homo economicus*, também aqui utilizado como referencial teórico. Por isso, os agentes do governo não devem ser vistos de forma idealizada,

---

[183] A *public choice theory* (teoria da escolha pública) pode ser definida como o estudo da democracia (i.e., dos processos coletivos de tomada de decisões políticas) a partir de uma perspectiva econômica. Trata-se de um esforço interdisciplinar que combina ciência política e instrumentos da economia para analisar como se operam os processos de decisão coletiva em cenários democráticos. Isso envolve o estudo do governo e de seus atores: agentes políticos, grupos de interesse, burocratas e eleitores, assim como a forma pela qual eles interagem e as motivações que os levam a fazê-lo no âmbito das instituições. GUNNING, J. Patrick. *Understanding democracy: an introduction to public choice*. [S.l.: s.n.], 2003. Disponível em: <https://goo.gl/xYPY7t>. Acesso em: 29 maio 2017, p. 22. Veja-se, ainda, a definição de James M. Buchanan: " A escolha pública é uma perspectiva sobre a política que emerge de uma aplicação extensiva das ferramentas e métodos do processo de tomada de decisão da economia aos processos de tomada de decisão coletiva ou fora do mercado". BUCHANAN, James M. The Public Choice Perspective. The collected works of James M. Buchanan, v. 13, *Politics as public choice*, Liberty Fund, Inc., 2000, p. 15. Tradução livre.

como atores que agiriam em prol de uma noção nebulosa de interesse público, mas como políticos voltados a alcançar interesses próprios no contexto governamental.[184]

Essa visão realista da teoria da escolha pública sugere críticas às teorias dissuasórias. É que, em tese, a sanção deveria funcionar como um custo capaz de dissuadir o potencial ofensor. Mas as vicissitudes da máquina pública podem dificultar ou impedir que isso se efetive, diante da captura do regulador por grupos privados interessados na tipificação de delitos e na aplicação de penas despropositadas ou em desvio de finalidade. Também se pode cogitar de regras criadas com o exclusivo propósito de conferir poder de barganha ao agente público na negociação por favorecimentos ilícitos. A pergunta, portanto, é até que ponto os tipos e as penas podem ser realmente justificados enquanto fatores econômicos de dissuasão de condutas indesejadas, consideradas a política e a burocracia como elas são. Sem romantismo.[185]

Da mesma forma, há na teoria críticas relevantes ao paradigma idealizado do *homo economicus*. O homem "de carne e osso" nem sempre atua movido apenas por cálculos de custos e benefícios, e é possível que sequer consiga realizar esses cálculos na maior parte das vezes, em virtude de diferentes vieses cognitivos a que está sujeito (a exemplo de percepções equivocadas da realidade). Questionamentos desse tipo foram bastante enfatizados pela *Behavioral Law and Economics*, uma corrente da análise econômica do direito que surgiu justamente para reagir às construções racionalistas das Escolas de Chicago e de Virgínia.

São estudos sensíveis aos fatores psicológicos, sociológicos, culturais, emocionais, morais e éticos que orientam o comportamento humano.[186] Os autores dessa Escola levaram para o campo jurídico as contribuições da chamada economia comportamental,[187] a fim de trazer à tona o fato (empiricamente incontestável) de que a racionalidade humana é limitada. Na vida real, é esperado que o indivíduo se deixe levar por emoções e padrões culturais ao

---

[184] TOLLISON, Robert D. *Politics as public choice.* The collected works of James M. Buchanan, v. 13, Liberty Fund, Inc., 2000, p. 11. Ou, como afirma Buchanan: "Na perspectiva da teoria da escolha pública, corretamente compreendida, simplesmente não existem coisas como 'objetivos sociais', 'objetivos nacionais' ou 'funções de bem-estar social'". BUCHANAN, James M. *Op. cit.*, p. 71. Tradução livre.

[185] V. BUCHANAN, James M. *The logical foundations of constitutional theory* (The collected works of James M. Buchanan; v. 1), Liberty Fund: Indianapolis, 1999, p. 45-59 (Capítulo intitulado "Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications").

[186] Para estudos focados no direito comportamental, v. SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H., *Nudge*: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; e WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H., Behavioral Law and Economics: its origins, fatal flaws, and implications for liberty. *Northwestern University Law Review*, v. 106, n. 3, p. 1.033-1.090, 2012. Disponível em: <https://goo.gl/S8eT51>. Acesso em: 01 jun. 2017.

decidir.[188] Além disso, ele não age de maneira egoísta sempre, mas também pode assumir comportamento deliberada e verdadeiramente altruísta.

Esses estudiosos, portanto, recorrem a estudos empíricos para concluir e provar que o comportamento humano é sistematicamente irracional. É comum que decisões sejam tomadas não de forma consciente e voluntária, mas influenciadas por razões de outra ordem, como padrões culturais e aspectos psicológicos. Da mesma forma, é natural que decisões sejam tomadas com base em erros de diagnóstico provocados justamente por razões desse tipo. Afinal, são diversos os fatores com potencial para interferir na dimensão cognitiva e decisória dos indivíduos.

Por tudo isso, a *Behavioral Law and Economics* afasta o paradigma da racionalidade perfeita e afirma que as escolhas humanas são feitas com base na heurística. Isto é, em *"(...) uma espécie de raciocínio rápido 'semi-intuitivo', em oposição ao raciocínio lento, elaborado e fundamentado*".[189-190] Logo, considerando-se que a base dos modelos dissuasórios reside justamente na premissa racionalista, sua desconstrução pode colocar sérias dúvidas sobre a própria viabilidade de tais estratégias teóricas.

E há ainda outra crítica importante dirigida a esses modelos: trata-se de construções intrinsecamente amorais. Concepções utilitárias da pena[191] que, ao ignorarem noções básicas de justiça, podem descolar da realidade e levar a resultados contrafáticos (como a punições

---

[187] A propósito da Economia Comportamental, v. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel Kahneman. Prospect Theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-292, mar., 1979, p. 263-292.

[188] Daí que, aplicando-se a lição desses pensadores, a maior ou menor recorrência de certas infrações (administrativas ou criminais) pode estar atrelada a elementos desse tipo, e não apenas a cálculos racionais. Pode-se cogitar, por exemplo, de que as violações no trânsito guardem maior relação com as variações do estado de humor do motorista do que com cálculos racionais de custos e benefícios.

[189] TRAVASSOS, Marcelo Zenni. *A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana*: autonomia privada, igualdade e autonomia pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 104.

[190] Em livro que se tornou um marco sobre o tema da *Behavioral Law and Economics* (*Nudge*: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009;"), Cass R. Sunstein e Richard H. Thaler referem-se ao raciocínio da heurística como aquele associado ao sistema automático do cérebro humano. Com base na literatura técnica, os autores explicam que o cérebro humano funciona segundo dois sistemas distintos: o automático (ou sistema 1) e o reflexivo (ou sistema 2). O primeiro é rápido, instintivo, incontrolável, associativo (como um grito de medo diante de uma possível colisão de carro). O segundo é deliberado, consciente, controlável, dedutivo (como a resposta a um problema em uma prova de matemática).

[191] Nesse sentido, v. GUEIROS, Artur de Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Op. cit.*, p. 9. Os autores se referem a essas teorias dissuasórias (ou preventivas) como teorias relativas da pena. Sobre a falta de um componente de moralidade, afirmam: "Tanto a teoria da prevenção geral como a da prevenção especial deixam sem explicação os critérios mediante os quais deve o Estado recorrer à pena criminal. (...) A prevenção geral não estabelece os limites da reação punitiva e pode criar um Direito Penal do terror. A prevenção especial também não pode, por si só, constituir fundamento para a pena. Há delinquentes que não carecem de ressocialização alguma, em relação aos quais é possível fazer um seguro prognóstico de não reincidência".

opressivas).[192] Karen Yeung dá como exemplo a situação do reincidente:[193] se um indivíduo é um infrator assíduo, a probabilidade de o Poder Público detectar a infração é maior. Logo, à luz do modelo de dissuasão ótima, a sanção cabível haveria de ser ajustada para baixo, o que não corresponde ao sentimento geral de justiça nessas situações. Já à luz da vertente absoluta do modelo dissuasório – que busca anular os lucros auferidos pelo ofensor, mas não se interessa pelos prejuízos causados à vítima –, uma situação em que os danos gerados fossem gravíssimos, mas reduzidos os benefícios para o infrator, poderia levar a uma redução da penalidade. E isso também vai de encontro ao sentimento geral de justiça.

Como se vê, essas são incoerências relevantes que põem em evidência as vantagens usualmente reconhecidas aos modelos retributivos. É que neles prevalece um forte componente de justiça. A proposta é que a punição seja calibrada para refletir os valores sociais associados à gravidade da conduta e às motivações do infrator. Por isso, perplexidades como a redução da pena em caso de reincidência ou diante de danos gravíssimos à vítima estariam descartadas. Mas os modelos retributivos dão margem a outros tipos de dificuldades, especialmente associadas à definição do *quantum* de punição. Afinal, como ranquear a gravidade de uma conduta? Como definir a magnitude da punição a partir do desvalor ético-social da conduta? Qual a pena justa em cada caso? Ou seja, o modelo abre um flanco à aplicação de punições inconsistentes, injustificadas, anti-isonômicas e arbitrárias. E nisso contrasta com as vantagens usualmente associadas às teorias dissuasórias.

Seja como for, com suas virtudes e fragilidades, fato é que os modelos teóricos em questão se entrecruzam para justificar o *ius puniendi* do Estado no campo penal. Isso pode ser observado nos diferentes discursos associados ao escopo do direito penal e às finalidades da pena. Como se viu no capítulo 1, autores do direito penal clássico enxergam a pena como um castigo voltado a estigmatizar o infrator na proporção de seu merecimento. Trata-se de abordagem carregada de um forte componente ético-moral, que se aproxima, por isso, do

---

[192] "O modelo de dissuasão propõe a existência de uma relação direta e intercambiável entre a probabilidade de detecção e o tamanho ou a gravidade da sanção. Logo, se um agente é indiferente a riscos, o mesmo nível de cumprimento pode ser atingido com a variação do tamanho da sanção como resposta à variação da probabilidade de detecção da infração. Entretanto, se essa abordagem for utilizada para se alcançar determinado resultado desejado, a consequência pode ser um cálculo de sanções que a sociedade consideraria como excessivamente duras e opressivas. Por exemplo, assumindo-se que um dos objetivos da lei seja eliminar o lixo na rua, e que todas as ocorrências de sujeira da rua fossem detectadas, a dissuasão absoluta seria atingida com uma sanção de pagamento de dez dólares ($10) aplicada a cada infração. Entretanto, se a chance de detecção da infração for pequena (é dizer, de 0.001%), de acordo com o modelo de dissuasão, uma sanção de pagamento de um milhão de dólares ($10 ÷ 0.001%) seria necessária para assegurar a suficiente dissuasão da infração. Mas impor sanções de tão extrema magnitude pode ser tanto irrealista quanto opressivo". YEUNG, Karen, *Op. cit*., p. 453. Tradução livre.

[193] YEUNG, Karen. *Op. cit*., p. 453.

modelo de justificação retributivo. Já em relação aos crimes de perigo abstrato, associados ao direito criminal da contemporaneidade, a pena é tida como medida de prevenção de riscos e ameaças temidas pela sociedade. Sob essa ótica, a estratégia de justificação mais se aproxima daquela preconizada pelas teorias dissuasórias.

Cabe investigar, então, qual a estratégia de justificação adequada para o direito administrativo sancionador – ou ao menos quais os elementos importantes para se construir um discurso nesses termos.

3.2 **Por um discurso de justificação, interpretação e aplicação para o direito administrativo sancionador.**

E no direito administrativo sancionador? Que tipo de explicação pode e deve justificar o exercício do poder punitivo pela Administração Pública? Qual o papel que a penalidade administrativa pode e deve assumir e com vista a realizar que fins?

No capítulo 2, apresentou-se um panorama da literatura sobre o direito administrativo sancionador no Brasil. Viu-se que os estudos produzidos por autores administrativistas procuram, em sua maioria, distinguir as sanções administrativas das penais somente (ou sobretudo) em razão do regime jurídico formal atribuído pelo legislador. Segundo sugerido por essa linha de entendimento, além de o poder punitivo estatal possuir uma mesma origem, haveria identidade (ou proximidade) também nos fins buscados em cada um dos ramos.

Logo, a se tomar como referência tal abordagem, poder-se-ia concluir que as sanções administrativas, assim como as penais, estariam sujeitas a uma estratégia de justificação nas mesmas bases teóricas desenvolvidas para se legitimar a aplicação do direito penal (dissuasórias e/ou retributivas). Isso ganharia força, ademais, em razão do fluxo dinâmico de mão dupla mencionado no capítulo 1 entre os fenômenos de "administrativização" de ilícitos criminais e de criminalização de ilícitos administrativos. Os movimentos de requalificação de certas condutas, transferidas pelo legislador de uma seara a outra, bem como os de "dupla tipificação", evidenciariam a impossibilidade de se diferenciarem os institutos não apenas quanto à sua origem e aos seus fins, mas também sob a ótica do discurso que os justifica.

A proposta da tese vai em sentido diverso. Ainda que exista esse fluxo dinâmico de mão dupla; ainda que, na origem, o *ius puniendi* seja mesmo único, porquanto cometido ao

Estado;[194] ainda que, na maior parte das vezes, exista uma ampla margem de discricionariedade para o legislador definir, no âmbito de políticas públicas, qual a estratégia sancionatória a ser perfilhada (se penal ou administrativa); nada disso permite afirmar que a base da legitimidade do poder punitivo estatal possa ser tida como a mesma em ambos os casos.

Há, de fato, componentes em comum e zonas de interseção. Tanto assim que, como destacou Nélson Hungria, não faltam exemplos de condutas tipificadas como ilícitos penais e administrativos ao mesmo tempo.[195] Apesar disso, há também situações bem diversas. Estacionar em local indevido é bem diferente de matar alguém. Deixar de enviar informações sanitárias é bem diferente de agredir uma pessoa. E não se poderia razoavelmente conceber que as primeiras condutas fossem punidas com penas restritivas de liberdade e as segundas apenas na esfera administrativa. Só é assim porque há distinções. Diferenças que precisam ser consideradas e devidamente valoradas quando se justifica, interpreta e aplica o direito administrativo sancionador.

Refere-se a particularidades associadas ao exercício do poder punitivo pela Administração Pública que, de alguma forma, já eram percebidas e destacadas em trabalhos doutrinários bem anteriores à Constituição da República de 1988. Autores como José Cretella Júnior, Ruy Cirne Lima e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello enxergavam nas sanções administrativas uma direção comum e peculiar, voltada a assegurar a manutenção da ordem administrativa, a boa ordem do serviço ou regular desenvolvimento da ação administrativa.

José Cretella Júnior, referindo-se ao direito sancionatório aplicável aos servidores públicos, registrou que: "*Não são as penas disciplinares castigos, no sentido do direito penal, mas meios de que dispõe o Estado para assegurar a boa ordem no serviço e a observância dos deveres prescritos*".[196] Já para Ruy Cirne Lima, as sanções administrativas buscariam reprimir e prevenir pela punição aqueles que, *"embora a consciência da nação algumas vezes os não qualifique como criminosos, opõem tropeços ao desenvolvimento regular da ação*

---

[194] Não se pretende na tese investigar nem questionar a unidade do *ius puniendi* estatal. O que se busca é criticar a visão que se apoia nessa unidade para sustentar, a partir daí, uma suposta unidade funcional e finalística entre os direitos penal e administrativo sancionador. O ponto ficará mais claro ao longo do presente capítulo. Também não se ignora a tendência atual de fragmentação do poder punitivo, com a atribuição dessa competência, por exemplo, a instituições supranacionais e a particulares. Esse fenômeno foge ao escopo da tese. Sobre o tema, com enfoque no instituto do poder de polícia da Administração Pública, veja-se: BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 229-304.

[195] A exemplo das infrações sanitárias e dos crimes contra a saúde pública, ou o retardamento culposo de um ato de ofício e da prevaricação. HUNGRIA, Nélson. *Op. cit.*, p. 26-27.

[196] CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 131. Grifou-se.

administrativa e prejudicam a causa pública".[197] Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, no mesmo passo, via no instituto a intenção de se punirem atos contrários ao interesse da atividade administrativa, ao passo que a pena se voltaria a atos contrários aos interesses sociais.[198]

Esses juristas, portanto, enxergavam nas sanções administrativas uma vocação própria e específica, que as distinguia (materialmente) do direito penal. É verdade que, com o passar dos anos, essa vocação se expandiu para acompanhar o ritmo acelerado que impulsionou a diversificação de áreas de atuação da Administração Pública.[199] Hoje, como se sabe, há sanções administrativas nos mais diversos ramos: aplicáveis aos delegatários de serviços públicos para que mantenham o serviço adequado e satisfatório; aos licitantes e contratados pela Administração Pública; aos particulares que tenham agido em violação à moralidade e aos deveres de impessoalidade; às corporações cartelizadas que atentem contra a livre concorrência e os interesses dos consumidores; aos agentes econômicos em geral, por violação a exigências regulatórias nos diferentes segmentos econômicos e sociais.

Mas isso não implica dizer, nem autoriza afirmar, que, por força dessa expansão, o direito administrativo sancionador simplesmente se descaracterizou, a ponto de se tornar irrelevante a procura por atributos próprios e convergentes que o identifiquem como tal – e singularizem o seu regime jurídico. Ou a ponto de se afirmar que a sanção administrativa teria assumido na sociedade um papel equivalente ou análogo àquele atribuído à sanção criminal. Repita-se que essas não são medidas estatais fungíveis, mas estratégias punitivas que se diferenciam e que pressupõem justificativas diferentes para serem aplicadas.

Os subitens a seguir se propõem justamente a identificar essas notas de singularidade necessárias à construção de um discurso de legitimação adequado para o direito administrativo sancionador. Como se verá, a proposta é que um discurso nesses termos seja sensível pelo menos aos seguintes fatores: *(i)* a particularidades finalísticas e operacionais, *(ii)* ao caráter instrumental da sanção administrativa e ao sentido que ele assume, bem como *(iii)* a um componente funcional associado a quem e a como se aplica o direito administrativo sancionador. É o que se passa a explicar.

---

[197] LIMA, Ruy Cirne. *Op. cit.*, p. 215.
[198] MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. cit.*, p. 501.
[199] Como é certo que o próprio direito administrativo, com seus institutos, passou por uma ampla releitura. Cf. BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo: 15 anos depois. Reflexões críticas e desafios para os próximos quinze anos. In: BRANDÃO, Rodrigo; BAPTISTA, Patrícia (Orgs.). *Direito Público*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 385-410.

3.2.1 O elemento finalístico-operacional: conformação de condutas para a realização de objetivos de interesse público. Olhar prospectivo que opera, como regra, dissociado de um juízo de reprovação ético-social.

Ao punir em âmbito administrativo, o Estado e a sociedade esperam alcançar os mesmos resultados associados à aplicação das penas? A lógica operativa desses institutos – sanções penais e administrativas – pode ser equiparada? A resposta não é simples. Especialmente porque, como se viu, além das zonas de interseção entre os dois ramos do direito, o exercício do poder punitivo pela Administração Pública se diversificou com enorme rapidez nas últimas décadas. Foram realmente vários os campos por ele apropriados, como os setores de saúde suplementar, dos transportes, financeiro, dentre tantos outros.

A despeito dessa heterogeneidade, há uma convergência de fins (ou de vocação) que pode ser associada ao uso desse ferramental. De modo geral, os modelos sancionatórios administrativos foram e são concebidos e implementados para viabilizar a realização de objetivos e demandas do interesse da sociedade; não para castigar o infrator pelos efeitos danosos de uma conduta moralmente reprovável.[200] É dizer: pune-se na esfera administrativa para que o concessionário assegure a prestação adequada e a contento do serviço público; para que os motoristas respeitem as regras de trânsito e se preserve a ordem no tráfego;[201] para que se freiem ações nocivas no mercado financeiro, assegurando-se a confiança e a lisura das relações ali estabelecidas, já que relevantes ao desenvolvimento nacional.[202]

---

[200] Nem para fins arrecadatórios, como assinala Maria João Estorninho, a propósito da disciplina aplicável aos contratos administrativos: "A função principal da sanção nos contratos administrativos não é, nem a de reprimir as violações contratuais nem a de compensar a Administração pelos prejuízos sofridos, mas sim a de obrigar o particular a cumprir a prestação a que está adstrito e, dessa forma, assegurar a prossecução do interesse público subjacente ao contrato". ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 128.

[201] Comentando a publicação, em 27 de outubro de 2017, da resolução do Conselho Nacional de Trânsito que definiu as regras de multas para pedestres e ciclistas que andem fora das áreas permitidas (Resolução nº 706/2010), eis o que afirmou o diretor do Departamento Nacional de Trânsito, em linha com a abordagem finalística defendida na tese: "Na realidade, o que se busca não é a arrecadação, e sim o comportamento do cidadão. Seja pedestre ou ciclista, o comportamento dele afeta a segurança de todos no trânsito" G1. Pedestres e ciclistas poderão ser multados a partir de 2018. *Auto Esporte*. Disponível em: <https://goo.gl/PEHnHv>. Acesso em: 27 out. 2017.

[202] É o que consta da exposição de motivos da Medida Provisória nº 784/2017 (EMI nº 00008/2017 BACEN MF, de 10.03.2017), que dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários: "21. No caso da CVM: (...) A Autarquia também necessita urgentemente de instrumentos mais apropriados, tais como a aplicação de penalidades mais adequadas e um procedimento administrativo mais célere, para frear ações nocivas ao mercado por ela regulado. 22. Os ilícitos perpetrados no âmbito do mercado de valores mobiliários têm o condão de afetar não só o conjunto de investidores, mas também, e principalmente, o mercado como um todo, aniquilando a confiança e a lisura de suas relações tão caras ao desenvolvimento desse instrumento essencial para o crescimento econômico do País. 23. A eficiência de todo o mercado depende de um sistema adequado para assegurar o cumprimento das normas

Ou seja, *"[n]ão se trata, em definitivo, de castigar a lesão, mas de prevenir a possibilidade de que ela se produza*".[203] O que se tem em mira, assevera Alejandro Nieto, é *"(...) evitar diretamente não o resultado lesivo concreto para o bem jurídico protegido, senão a utilização de meios idôneos para produzi-lo*".[204]

Logo, esse é um campo em que o exercício do poder punitivo pelo Estado opera de forma eminentemente prospectiva (ou "*forward-looking*"). Sobretudo, buscam-se conter riscos e frear ações não desejadas, o que acarreta um olhar marcadamente consequencialista a respeito das sanções administrativas, aproximando-as do modelo de justificação dissuasória analisado no início do capítulo. O objetivo é punir para adequar a conduta dos particulares em prol da realização de objetivos de interesse público, independentemente de um juízo de condenação ético-social quanto aos bens jurídicos afetados. Daí porque "*delito será o incêndio de um imóvel; infração administrativa, a edificação com materiais inflamáveis que possam provocar facilmente um incêndio*".[205]

Esse olhar prospectivo que orienta o direito administrativo sancionador o diferencia do viés retributivo do direito criminal e da lógica retrospectiva (ou "*backward-looking"*) de quantificação das penas.[206] *I.e.*, de uma lógica que extrai do crime já cometido, de suas circunstâncias e das motivações do ofensor as variáveis para se medir o *quantum* de penalidade a ser aplicada. O que não quer dizer, vale a ressalva, que uma distinção a partir dessas características deva ser tida como absoluta. Nem se pode descartar, de um lado, que as sanções administrativas assumam, ainda que circunstancialmente, uma carga de reprovação ético-social mais evidente;[207] nem que o direito penal, afastando-se de suas características

---

que o regem e reprimir, em tempo hábil e de maneira eficaz, as condutas ilícitas detectadas, as quais causam impactos capazes de afetar a credibilidade e a harmonia do próprio mercado e, em última análise, da economia do País. Impactos dessa natureza acarretam óbvios e inegáveis prejuízos ao Brasil, razão pela qual precisam, notadamente no atual contexto de crise, ser urgentemente mitigados, inclusive para a retomada do crescimento". Disponível em: <https://goo.gl/izvAFx>; Acesso em: 17 set. 2017.

[203] NIETO, Alejandro. *Op. cit.,* p. 148.

[204] NIETO, Alejandro. *Op. cit.,* p. 148.

[205] NIETO, Alejandro. *Op. cit.,* p. 148.

[206] É nessa linha a lição de Alejandro Nieto: "O Direito Penal é um direito repressor; os juízes retribuem os delinquentes com uma pena; enquanto o fim último do Direito Administrativo Sancionador é a prevenção das infrações". NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 568. Tradução livre.

[207] Isso fica mais evidente, por exemplo, no campo do direito disciplinar, relativo aos deveres e obrigações que regem a relação estatutária entre os entes públicos e seus servidores. Veja-se, *e.g.*, quanto aos policiais militares do Estado do Rio de Janeiro, o que estabelecem alguns dispositivos da Lei estadual nº 443/1981 (Estatuto dos Policiais Militares): "Art. 27 - O sentimento do dever, o pundonor policial-militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes da Polícia Militar, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com observância dos seguintes preceitos da ética policial-militar: I - amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal; II - exercer com autoridade, eficiência e probidade as funções que lhe couberem em decorrência do cargo; III - respeitar a dignidade da pessoa humana; IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes; V - ser justo e imparcial no julgamento dos

clássicas, venha a assumir, em determinados setores, finalidade mais acentuadamente dissuasória, tal como se viu, no capítulo 1, quanto aos crimes de perigo abstrato.[208]

Ainda assim, essas diferenças – mesmo que de grau, e não absolutas – importam. Como explica Karen Yeung:

> O termo regulação se refere a intervenções do Estado em atividades econômicas e sociais concebidas para dirigir ou encorajar comportamentos valorados pela comunidade, de modo a facilitar a busca de metas coletivas que de outra forma não seriam atingidas, no que constitui uma espécie de 'direito público' porque geralmente é reservada para o Estado (ou seus agentes) a tarefa de garantir o cumprimento de obrigações que não podem ser levadas a cabo por compromissos privados entre as partes interessadas. Assim, **assuntos tradicionalmente pertinentes ao direito penal não se enquadram nos domínios do direito regulatório porque as atividades criminosas não são 'valoradas pela comunidade'**. O que distingue ilícitos regulatórios dos crimes tradicionais é o fato de que **os ilícitos regulatórios geralmente não são objeto da condenação moral tipicamente associada aos crimes**. **A conduta regulada é proibida não primariamente em razão da sua improbidade moral, mas porque prejudica as metas coletivas que os esquemas regulatórios visam alcançar. (...).**[209]

A lição da autora, que se volta especificamente à regulação estatal, pode ser estendida à atuação sancionatória da Administração Pública como um todo. Há no direito penal uma finalidade retributiva que lhe é inerente, historicamente atrelada à reprovação moral de condutas lesivas aos bens jurídicos mais caros à sociedade. Isso responde, inclusive, pelo seu caráter de *ultima ratio* (tão enfatizado pelos criminalistas) e não guarda equivalência com o direito administrativo sancionador. Até porque, nessa seara, a vasta maioria das pessoas sancionadas são corporações. E isso torna inviável perquirir-se, como no direito penal, o estado mental do agente no momento da infração.[210] Da mesma forma, o direito

---

atos e na apreciação do mérito dos subordinados; VI - zelar pelo preparo próprio, moral, intelectual e físico e, também, pelo dos subordinados, tendo em vista o cumprimento da missão comum; VII - empregar todas as suas energias em benefício do serviço; VIII - praticar a camaradagem e desenvolver permanentemente o espírito de cooperação; IX - ser discreto em suas atitudes, maneiras e em sua linguagem escrita e falada; (...) XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular; XIV - observar as normas da boa educação; XV - garantir assistência moral e material ao seu lar e conduzir-se como chefe de família modelar; XVI - conduzir-se, mesmo fora do serviço ou quando já na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, no respeito e do decoro policial-militar; XVII - abster-se de fazer uso do posto ou da graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros; (...) XIX - zelar pelo nome da Polícia Militar e de cada um dos seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer os preceitos da ética policial-militar". Ainda: "Art. 40 - A violação das obrigações ou dos deveres policiais-militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuserem a legislação ou regulamentação específicas ou peculiares. § 1º - A violação dos preceitos da ética policial-militar será tão mais grave quanto elevado for o grau hierárquico de quem a cometer. (...)".

[208] Conforme explicado no capítulo 1, trata-se de tipos penais voltados sobretudo à contenção de riscos sociais, ao invés da punição de lesões já perpetradas. Daí o seu caráter dissuasório mais evidente.

[209] YEUNG, Karen, *Op. cit*., p. 443-444. Tradução livre.

[210] Como assinala Max Minzner, o conceito de penalidade retributiva não parece adequado no caso de punições administrativas dirigidas a corporações: " Em primeiro lugar, atribuir um estado mental a uma entidade corporativa é uma tarefa desafiadora. As corporações, como todas as organizações, atuam apenas por meio de

administrativo sancionador se expandiu como técnica desenhada, por excelência, para gerir atividades a cargo do Estado-Administração tidas como desejadas e necessárias à vida em sociedade. É por isso que ele opera de forma primariamente prospectiva e conformativa, o que não se equipara (ao menos em intensidade) à forma de operar inerente ao direito penal.

Em síntese, é possível afirmar que: *(a)* o direito administrativo sancionador, como regra, busca a conformação da conduta dos particulares para evitar resultados contrários a objetivos de interesse público definidos no ordenamento jurídico. Ele opera, portanto, a partir de um olhar eminentemente prospectivo e conformativo, dissociado de um juízo de condenação moral. *(b)* Já o direito penal tem como finalidade inerente (ainda que não seja a única) castigar o ofensor por lesão provocada a bens jurídicos caros à sociedade. Sob essa ótica, ele incorpora um olhar retrospectivo, que leva em consideração a reprovação ético-social da conduta do infrator e busca penalizá-lo na medida de seu merecimento.

Essa é uma primeira distinção relevante para se construir um discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador adequado. A partir dela, extraem-se outras notas peculiares a serem consideradas.

3.2.2 O sentido da instrumentalidade para o direito administrativo sancionador: a sanção administrativa como meio de gestão e ferramenta institucional.

O direito administrativo sancionador, como o direito em geral,[211] é instrumento do Estado Democrático de Direito a serviço de finalidades protegidas e previstas no ordenamento jurídico. Não se trata, portanto, de fim em si mesmo.

Afirmar isso, contudo, não é óbvio nem irrelevante. Ao menos no campo do direito administrativo sancionador. É que, na literatura especializada,[212] embora não se negue expressamente esse caráter instrumental, ele é usualmente negligenciado em função de construções teóricas que sugerem ser a sanção administrativa uma espécie de poder-dever implícito extraído do conjunto de competências da Administração Pública;[213] uma resposta

---

agentes. Em que nível na hierarquia corporativa interna o estado mental do agente se qualifica para responsabilizar a organização? (...) Além disso, a natureza fragmentada da titularidade e do controle corporativos significa que os acionistas suportam o peso da punição, mas não necessariamente controlam a tomada de decisão. Por esse motivo, a maioria dos especialistas em direito focaram a dissuasão, não a retribuição, como a justificativa mais apropriada para a punição civil e penal das corporações". MINZNER, Max. *Op. cit.*, p. 906. Tradução livre.

[211] A propósito do direito penal, Paulo Cesar Busato destaca ser este o "*instrumento* mais contundente de que dispõe o Estado para levar a cabo o controle social". BUSATO, Paulo Cesar. *Op. cit.*, p. 3. Grifou-se.

[212] Remete-se, a esse respeito, à exposição doutrinária traçada no capítulo 2.

[213] Conforme, por exemplo, JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 602: "A sanção administrativa pode ser considerada

automática e necessária do ordenamento jurídico ao cometimento de uma infração;[214] ou até uma decorrência do "princípio" da supremacia do interesse público sobre o privado.[215] Como se um mal necessário.

O problema é que essa abordagem, para além de insuficiente e equivocada,[216] quando não inviabiliza, dificulta sobremaneira a construção de um discurso de justificação, interpretação e aplicação para o direito administrativo sancionador. Afinal, se a sanção é tida como uma resposta indisponível do ordenamento jurídico ao cometimento de uma infração, perde o sentido indagar se ela atende a algum fim ou se tem cumprido algum papel. Pune-se porque o indivíduo descumpriu uma regra. Apenas isso.

Daí um primeiro ajuste que precisa ser feito: a sanção administrativa, como o direito em geral, não é uma simples consequência que possa ser tratada como uma finalidade em si, mas é instrumento a serviço de valores e objetivos caros à sociedade. Tanto no direito penal, como no administrativo. Mas é justamente nesse ponto que sobrevém um segundo ajuste essencial: ser um instrumento tanto lá quanto aqui não implica dizer ser o mesmo instrumento; atuar da mesma forma; perseguir as mesmas finalidades (o que de fato não acontece, como se apontou no subitem anterior).

Como instrumento que opera de modo primariamente prospectivo, com vista a assegurar e promover a conformação da conduta dos particulares em prol da satisfação de interesses e necessidades sociais, a sanção administrativa é uma ferramenta *sui generis*. E é diferenciada precisamente por isso. Porque só se justifica se tiver aptidão para produzir esses resultados dela esperados, o que pressupõe um conjunto específico de incentivos necessários para direcionar a conduta dos particulares numa ou noutra direção.

Há, portanto, subjacente aos modelos sancionatórios administrativos, uma complexa e específica *lógica de incentivos* que deve ser considerada e ajustada à luz do papel esperado da

---

como manifestação do poder de polícia. A atividade de poder de polícia traduz-se na apuração da ocorrência de infrações a deveres da mais diversa ordem, impondo à Administração o poder-dever de promover a apuração do ilícito e a imposição da punição correspondente".

[214] Conforme, por exemplo, OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Op. cit.*, p. 45-46: "A toda conduta não devida atribui a lei uma repulsa. A esta dá-se o nome de 'sanção'. (...) À infração (que doravante será vista apenas como administrativa) segue-se a sanção (unicamente administrativa). Distingue-se da coação, quando toma a sanção o caráter de constrangimento material sobre as pessoas para seu cumprimento. Por exemplo, para executar certas sanções, a Administração fecha estabelecimento comercial, apreende mercadorias, guincha veículos etc.".

[215] Conforme, por exemplo, VITTA, Heraldo Garcia. *Op. cit.*, p. 112: "Se a Administração constitui os privados em obrigações de forma unilateral, e pode alterar as relações jurídicas constituídas com os particulares igualmente de maneira unilateral, e se a sanção administrativa decorre do comando da ordem emanada pela norma legal, como foi visto, de nada valeria a imposição do Poder Público se não pudesse, ele mesmo, infligir uma pena ao transgressor da norma. Isto quer dizer que a sanção, aplicada pelo Poder Público, decorre do princípio da supremacia do interesse público sobre o do particular".

[216] Sobre a necessidade de uma releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, veja-se: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Op. cit.*

sanção em cada contexto.[217] Isto é, dentro de cada marco regulatório em que inserida, seja ele um estatuto de servidores públicos, uma ordenação de construções, a regulação do setor energético ou um esquema anticorrupção. Como regra, o juízo a ser realizado não será, *e.g.*, se uma multa pecuniária é um mal justo e merecido pela concessionária de serviços ferroviários que deixou de capinar certo trecho da área a ela concedida, ou se um fornecedor de bens e serviços merece ser castigado com uma sanção maior ou menor. Ao contrário, o que se avalia é se a sanção administrativa produz os incentivos corretos, adequados e necessários para dissuadir a empresa de cometer a infração, e com isso proporcionar os resultados esperados de adequação na prestação do serviço público ou regular execução do contrato público.

Aplica-se, aqui, a perspectiva do direito administrativo como um "*caixa de ferramentas*", segundo a qual, na lição de Leonardo Coelho Ribeiro, é absolutamente impróprio analisar-se esse ramo do direito sob uma ótica apenas binária, adstrita à legalidade ou ilegalidade de seus institutos. A seu ver:

> Atentos à lógica de que o estudo dos instrumentos à disposição do governo para cumprir suas funções é fundamental para avançar no aperfeiçoamento desses meios de ação, é de longa data que cientistas políticos, economistas e gestores públicos têm se dedicado à análise das ferramentas sob esse viés.
> O Direito, no entanto, tem passado quase ao largo da questão, em geral, tomando lugar apenas lateralmente nesse tipo de abordagem, **sendo predominantemente manejado pela análise de legalidade das ferramentas escolhidas, sob a avaliação binária e estática de se certa iniciativa é permitida pelo ordenamento jurídico ou não**. Se é legal ou ilegal. Em bom Português: se 'pode´ ou não ´pode´, sem maior compromisso com a busca de resultados práticos mais efetivos.
> **No entanto, a abordagem do próprio direito administrativo enquanto uma *caixa de ferramentas*, segundo a concepção instrumentalista, revela que ele é capaz de servir a bem mais que isso.**[218]

De acordo com o autor, essa percepção instrumental do direito administrativo tem o mérito, dentre outros, de colocar em evidência tanto uma preocupação diagnóstica, voltada ao mapeamento e identificação de problemas e fatores relevantes, quanto uma abordagem prognóstica, dirigida à previsão das possíveis consequências das medidas a serem adotadas. Cabe às autoridades públicas, assim, um dever constante de análise retrospectiva da aptidão das ferramentas já empregadas para produzir os resultados esperados, bem como de definição, a partir desse diagnóstico e das alternativas institucionais disponíveis, dos caminhos mais

---

[217] O ponto foi destacado por Gustavo Binenbojm: "(…) mesmo as normas de comando e controle são *estruturas de incentivos*, sendo a sanção punitiva o meio de desestímulo às condutas socialmente indesejáveis." BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 153. Grifos do original.

[218] RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como "caixa de ferramentas"*: uma nova abordagem da ação pública, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 112-113. Grifou-se.

propensos à produção de incentivos adequados, considerados os possíveis efeitos de cada uma das opções disponíveis.[219]

São lições que se aplicam com especial pertinência ao direito administrativo sancionador. Se a sanção administrativa é um meio por excelência de conformação de condutas, baseado em uma lógica coercitiva e nos incentivos a partir dela gerados, exsurge para o administrador o dever de verificação permanente da efetividade desse meio. Isto é, de sua real capacidade[220] de gerar os incentivos corretos e os resultados esperados.[221] Ela não se justifica como simples resposta a uma infração, mas como instrumento voltado à conformação de atividades e comportamentos. E sua legitimidade passa, sem dúvida, pela aptidão para produzir esses objetivos.

Aliás, essa abordagem instrumental permite caracterizar a sanção administrativa também como *meio* ou *medida de gestão* (das atividades materiais a cargo da autoridade administrativa)[222] e como *ferramenta institucional*. Tal como explica Pablo Soto Delgado:

> (...) as sanções administrativas são *ferramentas institucionais* que permitem conduzir o comportamento dos administrados em direção aos objetivos perseguidos pela regulação. Isso pode explicar por que, a partir de uma perspectiva funcional do Direito Público, tenha-se sustentado que uma das técnicas essenciais que permitem o cumprimento dos objetivos regulatórios sejam as sanções administrativas. Um regime sancionatório efetivo apoia os comandos do regulador e a simples existência de sanções geralmente induzirá o cumprimento sem a necessidade de invocá-las formalmente. Não é surpreendente que, de acordo com este panorama, na doutrina nacional se tenha argumentado que a existência de sanções administrativas é "consubstancial" ao Direito Regulatório.[223]

---

[219] RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Op. cit.*, p. 131.

[220] Em sintonia, portanto, com o princípio da realidade que deve nortear a atuação da Administração Pública, como preconizado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "Tanto as normas jurídicas quanto os seus desdobramentos administrativos e judiciais não devem enveredar pela fantasia nem, tampouco, podem exigir o irrealizável (...). O Direito Público, em especial, não se pode perder em formulações quiméricas e pretensões impossíveis, porque estaria fugindo, ademais, à sua *finalidade*, pois, sob o *princípio da realidade*, os comandos da Administração, sejam abstratos ou concretos, devem ter condições objetivas de serem *efetivamente cumpridos em favor da sociedade* à que se destinam". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 84. Grifos do original.

[221] Para uma análise das sanções administrativas aplicáveis pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a partir de uma ótica econômica, *i.e.*, focada nos custos e benefícios sociais que as medidas podem produzir e sua adequação e necessidade em cada caso, especialmente naqueles de formação de cartel, v. BOSON, Daniel Silva. Sanções aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a empresas no cartel do cimento: uma visão da análise econômica das penas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 272, p. 119-144, maio/ago., 2016.

[222] Como assevera Alejandro Nieto, "(...) a atuação repressiva [da Administração Pública] forma parte da gestão; à diferença do que ocorre com os juízes penais, que de nenhum modo podem intervir nas normas que estão manejando". NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 567. Tradução livre.

[223] DELGADO, Pablo Soto. Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Revista Ius et Praxis*, ano 22, n. 2, 2016, p. 195. Tradução livre.

Sob essa ótica, torna-se necessário que a resposta do Estado considere não apenas a reação possível no comportamento dos particulares a ela sujeitos, mas também as complexidades do arranjo institucional em que inserida a autoridade administrativa e seu entorno. Em outras palavras, o direito administrativo sancionador deve ser *responsivo a esse arranjo*, tema que se aprofundará no capítulo 4. Afinal, elementos como a relação específica do órgão público com os agentes regulados, as condições do entorno, os recursos à disposição da autoridade administrativa e outros têm potencial para interferir com a funcionalidade da punição e seus efeitos. Daí sua importância para a definição de uma resposta que seja legítima, efetiva e eficiente.[224] É nessa direção o entendimento de Leonardo Coelho Ribeiro, que realça:

> (...) a postura de pensar e operar os sistemas jurídicos enquanto arranjos institucionais geradores de incentivos adequados para restringir e oportunizar condutas, o que deve influenciar na forma como o Poder público habilita agentes econômicos a prestarem serviços, provê sua fiscalização, recebe, responde e absorve aportes do controle social de atividades públicas em sentido amplo.[225]

Ressalve-se, por fim, como já pontuado, que a sanção penal também é um instrumento do direito e se sujeita, da mesma forma, a exigências de efetividade. Ela tem um papel a cumprir. Estar apta para tanto é parte de seu discurso de legitimação. Mas essa vocação é diferente daquela atribuída à sanção administrativa. Por isso, a efetividade do direito penal há se der aferida segundo uma métrica própria, sensível às suas nuances.

Por exemplo, se a pena pode ser tida como uma resposta aflitiva (um castigo exemplar) merecida pelo ofensor em razão de uma ação moralmente reprovável e lesiva a bens jurídicos caros à sociedade, isso pode justificar a sua aplicação ainda que os resultados práticos a ela associados sejam de difícil aferição ou sequer se realizem (*e.g.*, ainda que se pudesse antever que o infrator, embora punido, viria a reincidir no crime). É que a justa retribuição ao criminoso é uma finalidade valorada e tida legítima no que tange a essa

---

[224] *Efetividade*, *eficiência* e *legitimidade* (ou *aceitabilidade política*) são qualidades que não se confundem. Como explica Neil Gunningham: "Na maior parte dos casos, a efetividade de qualquer intervenção para alcançar um objetivo social ou econômico (*i.e.*, reduzir os danos sociais ou econômicos) e sua eficiência (i.e., fazer isso sob o menor custo possível) serão as principais preocupações dos legisladores. Legitimidade ou aceitabilidade política, incluindo percepções positivas públicas do regulador, também são importantes". E arremata: "Como ficará claro, porém, os reguladores inevitavelmente enfrentam trade-offs que devem ser feitos dentre todos esses critérios". GUNNINGHAM, Neil. *Compliance, Enforcement, and Regulatory Excellence*. Regulatory Institutions Network, Australian National University, 2015. Disponível em: <https://goo.gl/Gi1GfJ>. Acesso em: 21 maio 2017. Tradução livre.

[225] RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. In: FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 61-82, p. 80.

ferramenta. Já na seara administrativa, a necessidade de consideração e mapeamento de *resultados práticos* impõe-se com vigor um tanto mais acentuado, diante do caráter eminentemente prospectivo e conformador de que se reveste a sanção administrativa.

Em suma, é possível afirmar que: *(a)* o direito administrativo sancionador (como o direito em geral) e seus institutos são instrumentos a serviço de finalidades protegidas pelo ordenamento jurídico, e não fins em si mesmos. Por isso, cabe ao aplicador do direito perquirir a efetiva capacidade de se alcançarem esses objetivos. *(b)* É preciso considerar, ainda, que o direito administrativo sancionador, como instrumento, meio de gestão e ferramenta institucional, não atua da mesma forma, nem busca os mesmos fins que o direito penal. Na seara administrativa, o viés conformativo e prospectivo da sanção, dissociado, como regra, de um juízo de reprovação moral, evidencia a importância da lógica de incentivos subjacente a esse ferramental e a necessidade de que seja responsivo às condições institucionais de seu entorno. É dizer: o direito administrativo sancionador e seus institutos devem ser aptos à produção de incentivos que, consideradas as peculiaridades de cada setor de sua aplicação, promovam a conformação das condutas esperadas e desejadas pelo ordenamento jurídico.

3.2.3 O componente funcional: um direito que é administrativo – e sancionador. Por um equilíbrio fino.

A *função* de um instituto não se confunde com os seus fins. Por função, refere-se a uma atividade orientada a um ou mais fins que, no seu desenrolar, sujeita-se a exigências próprias.[226] A função, portanto, pode ser compreendida a partir da combinação de dois elementos: *(i)* um elemento funcional *estático ou orgânico*, associado à pessoa, instituição ou conjunto de pessoas e de instituições responsável por desempenhar a atividade; e *(ii)* um elemento funcional *dinâmico*, relacionado à incidência de exigências específicas e ao *modus operandi* por meio do qual essa atividade é desempenhada. Tudo com vista à realização de *fins* que condicionam e conformam o exercício da própria função, mas que não se reduzem a ela.[227]

---

[226] No dicionário, o vocábulo é definido como "[o] conjunto das ações e atividades atribuídas a, esperadas ou exigidas de uma pessoa ou de um grupo", a exemplo da "função de um professor". Definição retirada do dicionário Michaelis. MICHAELIS. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. [S.l.: s.n.], 2017. Disponível em <https://goo.gl/GysWTr>. Acesso em: 27 jul. 2017.

[227] Por exemplo: a *finalidade* de um antitérmico é acabar com a febre. A sua *função* é produzir um conjunto de reações no corpo humano que levem à diminuição da febre (*elemento funcional dinâmico*). Isso é desencadeado por um comprimido ou por uma solução oral, que seriam o *elemento funcional estático*.

Também esse componente funcional evidencia que o direito administrativo sancionador não pode ser simplesmente equiparado ao direito penal. Ele pode representar, sim, uma estratégia sancionatória complementar à criminal ou ter sido instituída em substituição a esta, como resultado de uma nova política pública de enfrentamento da ilicitude. Mas uma estratégia que, uma vez acionada, é colocada em marcha por um corpo orgânico próprio (a Administração Pública) sujeito a um modelo de funcionamento também peculiar, inconfundível com o Poder Judiciário e com a persecução criminal,[228] e que não está sujeito aos mesmos tipos de exigências.

O exercício do poder punitivo pela Administração Pública é peculiar, assim, porque, antes de ser uma atividade punitiva, é uma atividade *administrativa*. Isto é, quem a conduz são órgãos e entidades da Administração Pública, segundo um procedimento voltado à aplicação de normas de direito administrativo, com vista à realização de fins atribuídos ao feixe de competências do Estado-Administrador. Embora isso soe como obviedade, é da maior relevância. Especialmente porque esses atributos têm sido deixados de lado na interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador.[229]

É o que destaca Alejandro Nieto.[230] Segundo o autor, a tese da unidade do *ius puniendi* do Estado tem seus méritos e vantagens, sobretudo porque possibilitou que o direito administrativo se socorresse do aparato conceitual mais elaborado e maduro praticado na esfera penal. Do ponto de vista funcional, contudo, os efeitos colaterais preocupam. Por meio desse discurso, dissemina-se a ideia de que o direito administrativo sancionador possa se nutrir juridicamente dos princípios do direito penal, ao invés daqueles ínsitos ao direito público estatal como um todo. Em suas palavras:

> Parece necessário, portanto, introduzirem-se na postura dominante correções que não são poucas: umas de caráter sistemático-operativo (como a vinculação direta do Direito Administrativo Sancionador ao Direito público estatal) e outras de caráter conceitual, centradas na **recuperação da fibra administrativa do Direito Administrativo Sancionador que, como seu mesmo nome indica, é em primeiro lugar Direito Administrativo**, enfatizando particularmente o fato de que o poder sancionatório é um anexo do poder ou competência material que atua como matriz.

---

[228] Conforme Manuel Rebollo Puig: "(...) desde o momento em que o ordenamento considera um fato como infração administrativa e não como delito, desde o momento em que atribui a imposição do castigo à Administração e não ao Poder Judiciário, ainda que o tenha feito por razões meramente pragmática, se fazem necessárias importantes matizações pela fundamental e óbvia razão de que a Administração e o Poder Judiciário têm diferente caráter institucional e constitucional, não se encontram na mesma posição ante o Direito e têm, por essência, uma função muito distinta". PUIG, Manuel Rebollo. P*otestad sancionadora, alimentación y salud pública.* Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1989, p. 441 *Apud* NIETO, Alejandro. *Op, cit.*, p. 136). Tradução livre.

[229] O ponto será explorado em maior detalhe no capítulo 5.

[230] NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 46-47.

> O que significa que não é necessário remontar-se sequer ao Direito público estatal, **nem existe uma subordinação por natureza ao Direito Penal, senão que esta é meramente conjuntural e técnica**: o Direito Administrativo Sancionador toma emprestado os instrumentos que o Direito Penal lhe proporciona sensivelmente porque lhe são úteis tendo em vista sua maturação mais avançada e sua superioridade teórica.[231]

Logo, um discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador deve estar adequado àquilo que orienta o direito administrativo em geral. Àquilo que torna peculiar a atividade administrativa do Estado. E isso passa por considerar o que Gustavo Binenbojm identifica como um dos grandes influxos que se fazem sentir no direito administrativo da atualidade: o chamado *giro pragmático*. Ou seja, uma exigência crescente por resultados, que leva à busca de soluções, decisões e estruturas aptas à produção das melhores consequências, à luz de cada demanda e de cada contexto a ser considerado.[232]

Trata-se de uma guinada pragmática que encontra fundamento normativo nos princípios da eficiência, da proporcionalidade e da economicidade, aplicáveis à atividade administrativa por força dos arts. 37, *caput*, 1º e 5º, inciso LIV,[233] e 70, respectivamente, da Constituição da República. Além disso, ela vai ao encontro do caráter instrumental e do olhar prospectivo e conformador já destacados. Isso torna exigível que a estratégia dissuasória levada a cabo pela Administração Pública seja tanto efetiva quanto proporcional em relação a seus resultados (*i.e.*, produza os incentivos corretos, adequados e necessários para dissuadir o particular de cometer a infração, sem incorrer em excessos), além de eficiente, sob a ótica da verificação racional dos custos e recursos nela empregados.

Realmente, se a sanção administrativa é meio para se cumprir um objetivo desejado socialmente, não se pode conceber que o seja a qualquer preço. Há de se buscar o emprego racional dos recursos existentes no que tange aos esforços fiscalizatórios e punitivos a cargo da Administração, a partir de estratégias como a classificação de riscos e a seleção de prioridades, alinhadas a essa preocupação.

Por exemplo: se em determinado setor regulado o grau de conformidade na atuação dos agentes privados é baixo, uma avaliação imediatista pode levar à conclusão de que deve haver o recrudescimento na quantidade e na intensidade das punições. Mas não necessariamente. É preciso identificar a causa do problema com vista à alocação eficiente dos

---

[231] NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 47. Grifou-se.

[232] Para o autor, ambos os giros, em conjunto ou pressionando o gestor em direções opostas, funcionam como importantes *vertentes de transformação* do direito administrativo. BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 32-35 e 37-65.

[233] Embora o princípio da proporcionalidade não conste com previsão expressa no texto da Constituição de 1988, ele é extraído das cláusulas do Estado Democrático de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV), tomado em sua dimensão material.

recursos. Pode ser que os entraves estejam na fiscalização exercida pela entidade administrativa, comprometida pela falta de recursos de pessoal ou de viaturas. Se for essa a razão, mais punição pode não surtir o efeito esperado. De outro lado, o aprimoramento dos meios e modos de detecção utilizados pelos agentes públicos, no lugar de um movimento irrefletido de majoração das sanções, pode relevar-se mais efetivo e racional do ponto de vista econômico. Até porque punir é caro. Pressupõe detectar a ilicitude (ou indícios dela), instaurar e conduzir um processo administrativo sancionatório, além de solucionar eventuais questionamentos administrativos ou judiciais suscitados pelo administrado. E tudo isso demanda tempo, estrutura e recursos. De outro lado, dependendo do contexto, soluções cooperativas e persuasivas podem levar a resultados melhores sob a ótica de custos e benefícios.[234]

Enfim, efetividade, eficiência e economicidade são notas que singularizam a atividade administrativa e nisso delimitam um componente funcional distinto daquele subjacente ao direito penal. Além dessas, outras características poderiam ser mencionadas. Um exemplo é a abrangência dos interesses tratados em processos administrativos, usualmente associados a decisões capazes de afetar direitos coletivos e difusos, o que, em princípio, reclama maior abertura à participação de particulares e instituições interessados e afetados. São fatores que não guardam referibilidade exata nem necessária com a atividade levada a cabo pelo Poder Judiciário na persecução penal. O que não quer dizer que, naquela seara, não incidam reclames por efetividade e eficiência. Mas o conteúdo dessas exigências é diverso. E é justamente essa diferenciação que aponta para a necessidade de se distinguirem as funções cometidas ao direito penal e ao administrativo sancionador.

A propósito, outra nota singular do direito administrativo sancionador tem de ver com a afirmação do modelo de Estado regulador e o processo de expansão e especialização por que passou o direito administrativo. Nos diversos setores regulados, espera-se que a ação estatal seja permeável a demandas e transformações fáticas, políticas, econômicas e sociais que ocorrem com enorme velocidade. O direito administrativo, multifuncional,[235] precisa acompanhá-las. E isso exige especialização técnica, capacidade de adaptação, de mudança, de incorporação de novas tecnologias, de experimentação de novos arranjos regulatórios, de desenvolvimento de novas ferramentas. Nisso se insere a sanção administrativa. A sanção, no

[234] Como se verá no capítulo 4 seguinte.
[235] Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld: "(...) A figura do administrador como braço mecânico do legislador era capaz, talvez, de descrever um pouco do Executivo imaginado nos primórdios. Mas não é boa a figura para explicar a Administração multifuncional da experiência jurídica histórica, que foi aparecendo aos poucos". SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2014, p. 236.

conjunto das atividades desenvolvidas pela Administração Pública associadas ao Estado regulador, pode e deve ser tida como *técnica regulatória*. Ao menos de uma perspectiva mais ampla do fenômeno regulatório.

Com efeito, de uma perspectiva mais abrangente, a regulação econômico-social abarca as diferentes estratégias utilizadas pelo Estado para, em geral, intervir e atuar nos domínios econômico e social com vista à realização de finalidades de interesse público. Sob essa ótica, há regulação não apenas quando o Estado define normas específicas voltadas a disciplinar certa atividade econômica (a exemplo da exploração de petróleo, gás natural e bicombustíveis), mas também quando celebra contratos de parceria com a iniciativa privada; quando institucionaliza políticas de fomento; quando amplia sua presença no domínio econômico pela criação de subsidiárias de empresas estatais e de empresas participadas; quando edita normas genéricas de polícia relacionadas ao trânsito e à organização da urbe; quando elabora estatutos para disciplinar o regime de seus servidores públicos.[236]

Em todos esses casos, pode-se remeter a uma espécie de ciclo regulatório formado: *i)* pela identificação de um objetivo público a ser alcançado (*e.g.*, desenvolver o setor de óleo e gás no país; ampliar a infraestrutura; viabilizar a segurança e a livre circulação de veículos na cidade; manter a ordem e a moralidade no funcionamento da burocracia); *ii)* pela definição das estratégias estatais para o alcance do objetivo público definido (como a edição de normas restritivas de condutas, a celebração de parcerias ou políticas de fomento); *iii)* pela efetiva implementação dessas estratégias, o que inclui as atividades de fiscalização e de punição (quando for o caso); *iv)* pela avaliação de seu desempenho *vis-à-vis* a perspectiva de realização da finalidade pública almejada; e *v)* pela adoção de eventuais ajustes ou modificações necessários nesses modelos.

A sanção administrativa deve ser vista como parte desse ciclo, e não como uma simples consequência ou seu desdobramento automático. Ela é uma das técnicas regulatórias a serviço do Estado para conformar o funcionamento de setores econômicos e sociais em vista de objetivos de interesse público. Insere-se, por isso, em um ambiente usualmente complexo, de maior conotação técnica, dinamismo tecnológico[237] e especialização, no qual diferentes

---

[236] Contrapondo-se a essa definição mais abrangente, a regulação econômico-social, de uma perspectiva mais estrita, pode ser associada à específica modalidade de intervenção *indireta* do Estado na economia baseada na edição de normas que restringem ou condicionam direitos dos particulares, com vista à realização de finalidades públicas relevantes. Ela se diferencia, assim, tanto do fomento (outra modalidade de intervenção indireta), quanto das estratégias de intervenção direta do Estado na economia, mediante a assunção pelo Poder Público da exploração da atividade econômica em sentido estrito ou da prestação de serviços públicos.

[237] A necessidade de um arranjo administrativo sancionador mais atualizado, capaz de fazer frente aos desafios impostos pelas transformações do mundo atual, especialmente em razão das novas tecnologias, foi bastante ressaltada na exposição de motivos da Medida Provisória nº 784/2017 (EMI nº 00008/2017 BACEN MF, de

ferramentas se entrecruzam e se combinam para proporcionar modelos regulatórios efetivos e eficientes. Como já deixou consignado o Tribunal Supremo Espanhol:

> (...) neste âmbito o poder sancionatório não se exerce com uma finalidade estritamente repressiva, mas se configura também como um poder de regulação em que se atende a outros interesses públicos (...) associados ao funcionamento concorrencial do mercado, sua transparência e a defesa dos consumidores incorporando aos instrumentos repressivos outros elementos dissuasórios de condutas futuras.[238]

Logo, compreender a sanção administrativa como técnica regulatória é também um atributo que lhe confere singularidade e que deve ser considerado no âmbito de um discurso voltado a justificar sua aplicação. Mas há outros.

Afirmou-se acima que um dos influxos que move o direito administrativo sancionador da atualidade é o pragmático. Ao lado dele, Gustavo Binenbojm explica que o direito administrativo foi e é oxigenado pelo constitucionalismo e por seu catálogo de direitos e garantias individuais e sociais, que servem de fundamento de legitimidade para o Estado Administrativo. Eis o chamado *giro democrático-constitucional*,[239] que também assume importância destacada no que tange ao exercício do poder punitivo pela Administração Pública.

É dizer, esse é um campo *funcionalmente* peculiar não apenas em razão das características próprias associadas à natureza *administrativa* da atividade exercida, mas também ao seu viés *sancionador*. Está em jogo o uso de uma ferramenta coercitiva pelo Estado, que opera segundo uma lógica de comando e controle, com aptidão para restringir direitos e afetar interesses dos administrados protegidos pelo ordenamento jurídico. Isso justifica e exige especial atenção às garantias dos administrados asseguradas no Estado Democrático de Direito. Não apenas às do art. 37 e incisos da Constituição, mas

---

10.03.2017), que dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários. Confira-se trecho: "Submetemos à consideração de Vossa Excelência o anexo projeto de Medida Provisória, que visa a aperfeiçoar o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil (BC) e na da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), dotando as referidas autarquias de instrumentos mais efetivos de supervisão e aplicação de penalidades. 2. Tais medidas vinculam-se ao esforço contínuo do Governo Federal para robustecer o marco regulatório aplicável ao Sistema Financeiro Nacional (SFN). Isso se revela necessário para enfrentar com eficiência os desafios impostos pelas transformações sociais, econômicas e tecnológicas por que passa o mundo atual, caracterizado por transações econômicas progressivamente mais complexas e por instituições financeiras mais interdependentes e competitivas, tanto no plano nacional, quanto no internacional." Disponível em: <https://goo.gl/pc48hp>. Acesso em: 17 set. 2017.

[238] STS de 23 de fevereiro de 2005. Referência extraída de NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 106.

[239] BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 32-35 e 37-65

especialmente ao rol de direitos fundamentais inscrito no art. 5º da Constituição, naquilo que for extensível à seara administrativa.

Desse quadro amplo, extraem-se duas importantes considerações finais. A primeira, no sentido de que há um *equilíbrio fino* a ser alcançado na tarefa de interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador, que talvez constitua hoje um de seus grandes desafios.[240] Esse acerto entre as pressões pragmáticas e garantistas[241] (um verdadeiro "*equilíbrio de forças")* é, segundo Alejandro Nieto, *"o que dá a medida de um bom direito administrativo sancionador*". *In verbis*:

> (...) com a mesma força com que se sustenta que a eficiência administrativa não autoriza atropelar os direitos dos cidadãos, cumpre também afirmar que os direitos deles não autorizam bloquear a eficiência administrativa, nem muito menos os interesses dos demais cidadãos agredidos pelos supostos infratores.[242]

A segunda, quanto aos caminhos para esse equilíbrio. Há de se ter bem claro que essa composição não implica submeter o direito administrativo a raciocínios e construções típicos do direito penal. É fato que o caráter sancionatório permite aproximações com o direito penal; mas desde que isso auxilie na elaboração de um ferramental próprio para o direito administrativo. A contribuição deve ser para integrar.[243] Não para deslocar ou desnaturar.[244]

---

[240] A busca desse equilíbrio passa por conciliar a maior eficácia esperada na atuação das unidades administrativas e a preservação dos direitos dos cidadãos, que podem ser colocados em risco, por exemplo, por um reforço nos instrumentos de fiscalização desacompanhado da estruturação de regras e práticas claras, seguras e razoáveis. No ordenamento jurídico português, essa reflexão foi levada a cabo por José António Veloso a propósito da intensificação do processo de transposição de ilícitos penais para o campo administrativo das contraordenações. *In verbis*: "Parece estar irremediavelmente perdida entre nós a consciência mesma dos conceitos e das regras que, nos países que são o modelo universal da *rule of law*, possibilitam o equilíbrio e a conciliação entre a eficácia das autoridades financeiras e fiscais – que em muitos casos não pode ser menos de *fulminante* – e a preservação dos direitos dos cidadãos (...). Gerou-se um dilema: de um lado, os excessos dos entraves e chicanas pseudo-jurídicos e pseudo-constitucionais, que paralisam a acção legítima das autoridades, possibilitam o *free-riding* generalizado dos prevaricadores sobre os cidadãos que cumprem a lei, fomentam poderosamente a corrupção em todas as suas formas, e ameaçam minar as próprias condições constitutivas da vida social e da actividade económica; de outro, os receios de gato escaldado, de que um reforço dos instrumentos de acção da autoridade, por falta de um contexto estruturado de regras e práticas civilizadas, produza efeitos de injustiça nos cidadãos cumpridores, produzindo efeitos nenhuns nos delinquentes, que arranjarão sempre modo de lhe ser imunes". VELOSO, José António. *Op. cit*., p. 101-102.

[241] Referindo-se a impulsos contraditórios na Europa, Carlos Enrico Paliero explica que, de um lado, o sistema normativo da União Europeia em matéria de sanções administrativas, focado na eficiência, busca diferenciar essas espécies sancionatórias das criminais. De outro lado, contudo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, interpretando a Convenção Europeia de Direitos Humanos (especialmente, seus arts. 6º e 7º), aproximou essas searas, ao estender às punições administrativas garantias tradicionalmente afetas à seara penal. PALIERO, Carlos Enrico. The definition of admnistrative sanctions – general report. In: JANSEN, Oswald (Ed.). *Administrative Sanctions in the European Law*. Cambridge: Intersentia, 2013. p. 1-33, p. 8.

[242] NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 567. Tradução livre.

[243] Como defende Alejandro Nieto: "(...) Porque, além do valor que as normas e princípios penais têm na formação e aplicação analógica e complementar do ordenamento administrativo sancionador, sua função mais importante é a integradora, é dizer, a de contribuir para a constituição de uma disciplina jurídica e acadêmica própria". NIETO, Alejandro. *Op. cit*., p. 131. Tradução livre.

Em outras palavras, a sanção administrativa se justifica, prioritariamente, como ferramenta a serviço de finalidades públicas cometidas à Administração, que, em seu *modus operandi*, deve produzir incentivos adequados à conformação da conduta dos particulares em vista desses interesses, sob os menores custos. Trata-se de um instrumento que opera no marco do Estado Democrático de Direito e que, por isso, deve respeito aos princípios e valores dele extraídos e inscritos na Constituição. Tem uma dimensão moral inafastável. Mas a moralidade a que alude, nesse campo – e esse aparte é decisivo – é à constitucional, na linha do giro democrático-constitucional apontado por Gustavo Binenbojm; e não ao arcabouço próprio e notadamente retributivo do direito penal. Moralidade essa que assume sentido dúplice.

De um lado, alude-se ao necessário respeito aos princípios e garantias dos particulares que orientam o exercício do poder punitivo pela Administração, tanto sob a ótica procedimental quanto de contenção do arbítrio. Não há dúvida de que a cláusula do devido processo legal, *e.g.*, em suas dimensões formal e material,[245] deva servir de barreira a resultados excessivos e injustos, que poderiam ser defendidos de uma perspectiva estritamente econômica (baseada, como se viu, nas teorias dissuasórias ótima e absoluta). De outro, a ideia é da moralidade como princípio estruturante da ação administrativa, consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição com uma acepção própria. Refere-se à gestão republicana dos interesses cometidos ao administrador público; às noções de probidade, transparência, responsabilidade e boa-fé objetiva. O sentido é de zelo e compromisso no trato da coisa pública perante os administrados.[246] Seja como for, em ambas as vertentes, o fundamento para

---

[244] O que não significa dizer que não haverá casos em que a solução aplicável ao direito administrativo sancionador nutra semelhança com aquela prevalecente no âmbito penal. O importante é que essa reprodução na seara administrativa não descure das peculiaridades e atributos próprios do direito administrativo sancionador. Em outras palavras: ela deve se revelar como uma solução legítima à luz do discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador, e não por força, *e.g.*, da alegada unidade do poder punitivo estatal.

[245] O art. 5º, LIV, da Constituição de 1988, assegura que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Dessa previsão se irradia um conjunto robusto de garantias procedimentais dos particulares, como os direitos ao contraditório e à ampla defesa, assegurados, textualmente, no inciso LV do mesmo art. 5º. Além disso, o art. 5º, LIV, considerado em sua dimensão material, em combinação com a cláusula do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CRFB/88), são tidos como fundamento para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a que sujeitos os atos do Poder Público em geral, como requisito para que não sejam arbitrários. Sobre o princípio da proporcionalidade, tratado por Humberto Ávila como postulado normativo aplicativo do Direito, v.: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 218-246; e SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

[246] "(...) a *moral comum* é orientada por uma distinção puramente ética, entre o bem e o mal, enquanto a *moral administrativa* é orientada por uma diferença *prática* entre *boa* e *má administração*. (...) Para bem compreender o correto alcance dessa regra moral na Administração Pública, é preciso considerar que o dever de seus agentes não é apenas o de *mera gestão dos interesses públicos* a eles confiados, mas, além dele (...) o de *bem administrá-*

essa impregnação axiológica repousa na cláusula do Estado Democrático de Direito, expressada pela normatividade constitucional, e não primariamente em teorias retributivas.

A rigor, portanto, pode-se aludir a uma espécie de *legitimação híbrida*, inspirada tanto em elementos das teorias dissuasórias de justificação do poder punitivo estatal, quanto das retributivas, mas ajustada a outras exigências. Um modelo pautado nos elementos finalístico, operacional, instrumental e funcional que atribuem notas próprias ao direito administrativo sancionador e o aproximam da lógica de incentivos revelada pelas teorias dissuasórias – mas sem limitá-lo à diretriz racionalista própria dessas elaborações teóricas. Ao mesmo tempo, um modelo sensível ao compromisso moral tão caro às teorias retributivas, expressado, contudo, não a partir da carga aflitiva que as permeia, e sim da gramática dos direitos fundamentais e dos valores republicanos e democráticos positivados na Constituição.

Em suma: (a) a natureza administrativa do poder sancionatório exercido pela Administração Pública responde por importantes singularidades do ponto de vista funcional. Para além das diferenças mais evidentes derivadas do *aspecto funcional estático* (ou seja, do fato de se tratar de competência da Administração Pública, e não do Poder Judiciário), há exigências atreladas ao *aspecto funcional dinâmico* que tornam o exercício do *ius puniendi* pela Administração peculiar em relação ao penal.

(b) Assim é que, de um lado, o influxo pragmático a que se sujeita o direito administrativo na atualidade reforça a demanda por efetividade, eficiência e economicidade, inclusive – e com especial ênfase – quanto ao exercício do poder punitivo. Além disso, é possível situar a sanção administrativa como técnica regulatória, que se comunica e se combina a outras ferramentas do Estado regulador com vista à institucionalização de modelos dinâmicos, especializados, sensíveis às demandas e mudanças econômicas, sociais, factuais e tecnológicas cada vez mais comuns.

(c) De outro lado, observa-se também no direito administrativo forte influência do constitucionalismo e da gramática dos direitos fundamentais e sociais, que cobram do administrador, no exercício das suas diversas competências, atuação não arbitrária e proba. Isso se aplica com especial ênfase no campo sancionatório, tendo em vista a natureza coercitiva da ferramenta manejada, apta à restrição de direitos e de interesses legítimos dos administrados.

---

los. Enquanto a observância da moral comum é suficiente para qualquer administrador privado, o *administrador público* se sujeita, por acréscimo, a regras, estejam elas escritas ou não, que dele exigem *fidelidade ao fim institucional de cada ato praticado na gestão da coisa pública*". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 96-97. Grifos do original.

(d) De modo que há, como desafio posto, um fino equilíbrio a ser alcançado quanto ao direito administrativo sancionador, o que não implica reconhecer, ainda que eventualmente, sua submissão a lógicas e construções próprias do direito penal. O direito penal é útil e deve ser integrado ao esforço de construção de um regime moldado *para* o direito administrativo sancionador. Mas as bases de justificação do exercício do poder em cada uma de suas expressões – penal e administrativa – são distintas. E disso não se pode descurar.

3.3 **Em busca de coerência, racionalidade e segurança jurídica – mas sem perder de vista o elemento formal.**

Os subsídios teóricos até aqui apresentados permitem responder às perguntas inaugurais do capítulo. Por que punir? Como construir um discurso adequado de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador e de seus institutos? O que legitima o exercício do poder sancionatório pela Administração Pública?

Em linha com o exposto acima, o direito administrativo sancionador e seus institutos têm *finalidade* eminentemente prospectiva e conformadora. Busca-se a adequação da conduta dos administrados com vista à realização de objetivos de interesse público, dissociados, como regra, de um juízo de desvalor ético-social (inerente ao direito penal). Para promover esses resultados, a sanção administrativa, como *instrumento*, *ferramenta institucional* e *meio de gestão* (e jamais como um fim em si), deve ser apta à produção de incentivos que, consideradas as peculiaridades de cada setor econômico-social e do ambiente institucional que circunda a autoridade administrativa, promovam a conformação das condutas esperadas e desejadas pelo ordenamento jurídico.

De mais a mais, na interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador e de seus institutos, não se devem perder de vista as peculiaridades *funcionais* – estáticas e dinâmicas – associadas à natureza administrativa da atividade em questão e à sua dimensão sancionatória. Trata-se de atividade colocada em marcha por um corpo orgânico próprio (a Administração Pública) sujeito a um modelo de funcionamento também peculiar, inconfundível com o do Poder Judiciário criminal e alvo de exigências próprias. Tudo isso importa e leva a relevantes consequências.

Dentre elas, destacam-se as exigências reforçadas de efetividade, eficiência e economicidade, em um cenário no qual a sanção administrativa, tida como técnica regulatória, se comunica e se combina a outras ferramentas do Estado regulador com vista à institucionalização de modelos dinâmicos, de acentuada expressão técnica, sensíveis às

demandas e transformações econômicas, sociais, factuais e tecnológicas cada vez mais comuns.

Ao lado disso, o direito administrativo em geral – e o sancionatório em particular – sujeita-se a forte influência do constitucionalismo e da gramática dos direitos fundamentais e sociais, que cobram do administrador, no exercício das suas diversas competências, atuação não arbitrária e proba. De modo que há, como desafio posto, um fino equilíbrio a ser alcançado no âmbito do direito administrativo sancionador (entre exigências pragmáticas e garantistas), que de toda forma não deve levar à submissão desse ramo do direito a lógicas e construções típicas do direito penal. O desafio é justamente o de se construir um arcabouço teórico sensível e coerente com as notas de identificação do direito administrativo e de sua expressão sancionatória.

E por que isso é tão relevante? Para desfazer confusões conceituais, gerar entendimento e propiciar uma prática mais legítima.[247] Para conferir bases racionais às discussões em torno dos problemas que permeiam o direito administrativo sancionador e seus institutos. Para permitir maior segurança jurídica e previsibilidade nesse que é um dos campos do direito que avança com cada vez maior expressão.

Tudo isso, como se disse, pressupõe compreender o papel e a vocação da sanção administrativa e de seus institutos: como instrumento, e não como fim em si; como meio conformativo de condutas que pressupõe um esquema complexo e específico de incentivos, e não como resposta automática e indisponível do ordenamento jurídico ao cometimento de uma infração; como técnica regulatória inserida em contextos dinâmicos, com alto grau de especialização técnica e necessariamente permeáveis a transformações sociais, econômicas, políticas e tecnológicas, e não como um castigo voltado a estigmatizar o ofensor por uma ação moralmente condenável; como medida administrativa de restrição de direitos que está sujeita aos princípios e garantias inscritos na Constituição da República, mas que não se confunde com a pena aplicada pelo Poder Judiciário criminal, segundo um rito próprio e com vista a finalidades também particulares. Daí a importância de um discurso de justificação, interpretação e aplicação para o direito administrativo sancionador que promova coerência e esclareça compreensões equivocadas.

---

[247] Que não leve, *e.g.*, nem a punições insuficientes, porquanto incapazes de promover a internalização pelo particular dos custos da infração; nem a sanções despropositadas e injustificadas, diante do arranjo institucional especificamente considerado; nem a respostas excessivas justificadas a partir de uma ótica estritamente formalista.

Um exemplo deixa o ponto mais claro. Nos Estados Unidos, Max Minzer[248] analisou a atuação sancionatória das agências reguladoras e chamou a atenção para um problema de legitimidade associado à atuação prática dessas entidades. Como se sabe, trata-se de instituições reconhecidas como *experts* nas áreas específicas em que atuam. Exatamente essa característica justifica o *standard* de deferência construído pela Suprema Corte norte-americana às decisões administrativas.[249] O Tribunal parte do pressuposto de que as agências são institucionalmente mais capacitadas para construir um entendimento especializado acerca dos tipos de sanções e suas medidas aptos a otimizar o cumprimento da legislação.

Ocorre que essa premissa é colocada em xeque quando, a partir de análises empíricas, verifica-se que as agências, ao decidir e aplicar sanções, baseiam-se sobretudo em razões retributivas,[250] como a reprovabilidade ético-social da conduta e o grau de merecimento do infrator. Afinal, que *expertise* diferenciada elas possuiriam para justificar a prevalência de suas decisões nessas bases?[251] Justamente por isso, provoca o autor, se o parâmetro a ser considerado não for a capacitação técnica, mas elementos de natureza retributiva, outras instituições e vias de decisão, como os corpos de jurados, estariam em melhor posição para quantificar a punição cabível. Nas suas palavras:

---

[248] MINZNER, Max. *Op. cit*., p. 906.

[249] Nos EUA, esse *standard* de deferência está consubstanciado na chamada doutrina Chevron – *Chevron USA, Inc. v. National Resources Defense Council, Inc*., 467 U.S. 837 (1984). Na decisão, definiu-se o chamado "*Chevron two-step test*". Ao rever a interpretação jurídica acolhida por uma agência, o Poder Judiciário deve seguir duas etapas. Em primeiro lugar, deve verificar se a lei é clara e precisa. Se a resposta for positiva, aplica-se a vontade do legislador. O segundo passo tem lugar se a lei for silente ou ambígua. Nesses casos, cabe ao juiz verificar se a interpretação da agência é compatível com a lei ou razoável. Nessa medida, *Chevron* é tida como uma doutrina de deferência às agências reguladoras. A não ser que o Congresso tenha disciplinado diretamente uma questão, os juízes devem ser deferentes à construção jurídica feita pelo Poder Executivo quanto à lei a ser aplicada.

[250] Após analisar o arcabouço normativo e a prática de quatro agências reguladoras norte-americanas, Max Minzner concluiu que elas "enfatizam a dissuasão como o motivo de seus sistemas de penalidade, embora suas abordagens reais sejam muito mais consistentes com um sistema projetado para alcançar retribuição". MINZNER, Max. *Op. cit*., p. 903. Tradução livre.

[251] Uma reflexão nesse sentido pode se encontrada em: VORONOFF, Alice; CYRINO, André R.; BINENBOJM, Gustavo; KOATZ, Rafael. Controle judicial de atos administrativos deve abrir portas para diálogo. São Paulo: *Revista Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://goo.gl/JNaWVd>. Acesso em: 26 maio 2017. *In verbis*: "O problema é que o parâmetro abstrato de maior deferência judicial (que em tese está correto) só tem o condão de levar aos melhores resultados quando estão presentes as condições empíricas e institucionais que o pressupõem. Condições essas de funcionamento institucional adequado, o que requer não só a existência de entidades administrativas tecnicamente capacitadas, como de modelos regulatórios legítimos. Por exemplo: tratando-se de sanções administrativas, o pressuposto deve ser a existência de um marco regulatório compatível com as garantias asseguradas aos administrados, como o devido processo legal e os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade. A multa, afinal, não é um fim em si mesmo, e justamente por isso não pode ser aplicada com objetivos meramente arrecadatórios. Em cada caso, a punição deve ser apta para dissuadir o infrator, mas sem exageros. Eventual excesso tende a aniquilar a disposição do regulado para cooperar e conformar-se à regulação".

> Se o propósito da punição é refletir os desejos da comunidade, pode-se reconhecer a jurados leigos maior expertise no assunto do que às agências administrativas. Da mesma forma, os juízes de cortes federais frequentemente impõem sanções retributivas quando da condenação criminal. Ambos os atores institucionais parecem mais capazes de refletir os objetivos da justa retribuição ou do merecimento (empiricamente considerado) de forma mais acurada do que as agências. [252]

A crítica de Max Minzer só reforça a necessidade de que os discursos e raciocínios hoje prevalecentes em torno do direito administrativo sancionador sejam reconstruídos, ou ao menos problematizados, à luz das notas de singularidade inerentes a esse campo do direito e aos institutos que o integram. É nesse sentido que a proposta da tese avança a partir do presente capítulo. Especificamente, a ideia é utilizar os elementos ora definidos – finalístico, instrumental e funcional – para uma reflexão sobre o direito administrativo sancionador nos diversos momentos de seu ciclo: na idealização e construção de modelos sancionatórios administrativos, na interpretação e aplicação de seu regime jurídico e na fundamentação das decisões nessa matéria.

Como se verá, as reflexões que se seguem propõem uma espécie de teste de legitimidade do direito administrativo sancionador em duas etapas. Na partida, tendo em vista a necessidade de se construírem modelos sancionatórios efetivos e responsivos, que tomem a sanção administrativa a partir dos incentivos que ela pode produzir, e não como consequência automática de um ilícito respaldada na lei; e na chegada, já que, definidos esses modelos pela legislação, a interpretação, aplicação e fundamentação do regime jurídico aplicável ao exercício da competência sancionatória pela Administração Pública devem estar alinhadas aos elementos do discurso de legitimação ora delineados.

Vale uma ressalva final: o discurso teórico ora proposto, sensível a elementos finalísticos, operacionais e funcionais, assim como ao caráter instrumental pelo qual se devem compreender o direito administrativo sancionador e seus institutos, não significa nem implica um modelo teórico alheio a preocupações formais e normativas. Ao contrário: essas preocupações permeiam aqueles elementos.

Quando se afirma que a sanção administrativa é um meio que opera por incentivos com vista ao alcance de finalidades de interesse público, refere-se a finalidades definidas nos veículos normativos próprios: na Constituição, nas leis formais e em todo o bloco normativo que orienta e vincula a atividade administrativa. A sanção é, portanto, um instrumento a serviço desses fins, e são esses fins – normativamente fixados – que modelam o instrumento punitivo.

---

[252] MINZNER, Max. *Op. cit.*, p. 912. Tradução livre.

Quando se afirma, da mesma forma, que a atividade administrativa sancionatória funciona segundo um procedimento específico, sujeito a exigências próprias e movido por um corpo orgânico peculiar, pressupõe-se que essas balizas e teias de competências estejam definidas na legislação. Mais ainda: as exigências associadas à eficiência, efetividade, moralidade e a proteções especiais dos direitos dos administrados, destacadas acima como peculiaridades funcionais, impõem-se todas, também, a partir do bloco de normatividade que orienta a atuação da Administração Pública no Estado Democrático de Direito.

O que deve ficar claro, portanto, é que o modelo teórico ora defendido não prescinde do elemento formal; o pressupõe. A diferença é que a abordagem proposta busca impregnar os conceitos e construções abstratas com conteúdo de outras ordens: axiológicos, operacionais, pragmáticos, orgânicos, funcionais. Não se trata, assim, de um discurso formalista, mas certamente comprometido com a vinculação da Administração Pública à juridicidade.

4 **CONSTRUINDO MODELOS SANCIONATÓRIOS CONSCIENTES: A SANÇÃO ADMINISTRATIVA É A RESPOSTA CORRETA?**

4.1 **Advertência inicial: vale a pena ser otimista.**

No capítulo anterior, defendeu-se que as sanções administrativas devem ser vistas como instrumentos regulatórios voltados a assegurar a conformidade do comportamento dos administrados, com vista à realização de finalidades de interesse público reconhecidas pelo ordenamento jurídico. Ali foi pontuado que as sanções administrativas operam, predominantemente, a partir de uma lógica de incentivos, segundo a qual o particular é estimulado a cumprir a regulação sob pena de arcar com uma consequência gravosa.

Também se destacou que essa perspectiva da sanção administrativa, combinada a um conjunto de características (a exemplo do maior dinamismo) e de exigências (como a eficiência e a efetividade) incidentes sobre a atividade administrativa sancionatória, atraem importantes investigações de natureza pragmática (como aquelas em torno dos custos gerados pela sanção). Análise essas para as quais o ferramental desenvolvido pelas escolas da chamada análise econômica do direito tem a contribuir.

Com efeito, a lógica de incentivos econômicos apresentada pela Escola de Chicago; as disfunções no funcionamento da burocracia denunciadas pela teoria da escolha pública; e as evidências comportamentais reveladas pelos autores da *Behavioral Law and Economics* propiciam um ferramental teórico bastante útil para uma abordagem mais racional do fenômeno sancionatório. É dizer: que leve a sério as dimensões finalística, operacional, instrumental e funcional da sanção administrativa, fornecendo subsídios para se questionar a existência e a manutenção de estratégias sancionatórias injustificáveis, despropositadas, desproporcionais e arbitrárias.

O presente capítulo é uma tentativa de agregação das ideias acima para com elas dar um passo além. No direito comparado, encontram-se estudos teóricos importantes, baseados na coleta de dados empíricos, que buscam entender por que, na prática, modelos regulatórios são mais ou menos efetivos. Eles tratam de examinar aquilo que leva os agentes regulados a cumprir, em maior ou menor medida, as determinações do Poder Público. E nesses estudos há contribuições bastante ricas para se pensar sobre o papel da sanção administrativa no contexto específico do ordenamento jurídico brasileiro. Isto é, sobre a sanção como uma estratégia possível, ao lado de outras (a exemplo de medidas persuasivas), que pode ou não conduzir aos objetivos públicos perseguidos, à custa de mais ou menos recursos, de acordo com as

diferentes particularidades de cada segmento regulado e de seus complexos arranjos institucionais.

Não surpreende, então, o destaque atribuído nessas propostas teóricas à efetiva compreensão de um conjunto interligado de aspectos: daquilo que motiva os agentes privados a cumprir a lei; do que é valorado, em cada setor econômico ou social, como um risco regulatório caro demais para ser pago; das práticas culturais reiteradas e arranjos institucionais que obstaculizam a efetividade da regulação; das diversas limitações inerentes à burocracia; dos incentivos que cada resposta regulatória pode provocar em seus destinatários. Enfim, são trabalhos que se propõem a ir a fundo nas engrenagens do aparato regulatório, de forma responsiva aos diversos fatores que interferem com o seu funcionamento.

É verdade que a aplicação desses estudos ao ordenamento jurídico brasileiro, e especificamente à atividade sancionatória da Administração Pública, tende a despertar sentimentos contraditórios. Em um primeiro momento, de otimismo. A esperança é que eles possam iluminar o rumo das práticas sancionatórias e o corrijam, em prol de modelos responsivos, sensíveis às características dos diversos setores regulados no Brasil e realmente capazes de produzir os incentivos tidos como corretos e necessários. Em um segundo momento, contudo, de dúvidas e perplexidades, sobre como implementar esses modelos na realidade de carências brasileira. Faltam recursos, estudos empíricos, vontade política, *expertise* técnica, engajamento social.

Também é verdade que essas dificuldades fáticas, *per se*, não constituem um obstáculo para se seguir adiante com um trabalho acadêmico, que tem a liberdade de servir à comunidade científica apenas em tese. Pensar em modelos ideais já é um passo. Mas sem aplicação prática, tornam-se inúteis ou desacreditados.

Eis, portanto, uma rápida advertência inicial para que dois pontos fiquem bem claros: *primeiro*, que os modelos estrangeiros, embora causem entusiasmo, não cabem (por inteiro) na realidade brasileira. *Segundo*, que isso não chega a afastar o interesse por conhecê-los. Mesmo porque eles podem caber em parte. E nisso servem de inspiração para se refletir em torno de ajustes e de soluções subótimas,[253] capazes de tornar mais legítima e efetiva a

[253] Se, diante das condições da realidade, a máxima eficiência (solução ótima) não pode ser alcançada, insistir nela como parâmetro a ser atingido pode se revelar uma solução menos eficiente. É possível que, nesse cenário, uma segunda melhor opção (subótima) maximize os resultados esperados. É o que explicam Cass Sunstein e Adrian Vermeule, a partir de lição inspirada na economia: "(…) Pense-se numa analogia. Na Economia, a ideia de 'segunda melhor opção' demonstra que se a eficiência perfeita não pode ser obtida, a eficiência não é necessariamente maximizada pela aproximação (tanto quanto possível) das condições da melhor eficiência possível; o segundo melhor resultado pode ser obtido, em princípio, pelo distanciamento das melhores condições possíveis". SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. U Chicago Law &

atividade sancionatória da Administração Pública. Vale a pena ser otimista. A apresentação dos três modelos teóricos a seguir decorre dessa convicção.

4.2 **A regulação responsiva.**

4.2.1 Mais ou menos regulação estatal? Um método regulatório com a virtude de estar no meio.

A regulação responsiva corresponde a um modelo teórico desenvolvido por Ian Ayres e John Braithwaite na obra "*Responsive regulation: transcending the deregulation debate*",[254] publicada em 1992. Ayres é advogado e economista. Braithwaite é criminólogo. Juntos, os autores construíram um modelo normativo voltado a orientar o *design* e a prática da regulação com vista à efetividade e à eficiência. Uma proposta gestada para ser realmente capaz de combater e prevenir infrações cometidas pelos agentes privados nos diversos setores regulados, e, por isso, mais propensa a realizar os fins da regulação.

Como ficará claro adiante, a regulação responsiva tem viés marcadamente pragmático. Ela valoriza o contexto e os atores a que se dirige, rejeita fórmulas pré-definidas, aposta em arranjos institucionais flexíveis e leva a sério os impactos de cada medida estatal em relação ao comportamento dos agentes regulados. Tudo com vista ao sucesso da regulação. Daí se tratar de uma abordagem contextual, antifundacional e consequencialista.

Abordagem essa, ademais, em que sobressaem influências de diferentes escolas da análise econômica do direito. Destacam-se as vertentes racionalistas e as correntes comportamentais, além de preocupações em torno da temática das capacidades institucionais.[255] Ayres e Braithwaite dialogam com elementos positivos e prescritivos dessas teorias para, a partir delas e de dados empíricos, sugerir o que qualificam como um método regulatório[256] com a virtude de estar no meio. Isto é: um meio caminho entre as visões polarizadas de ativistas pró-regulação e pró-mercado.

Economics, *Olin Working Paper* n. 156, p. 1-55. Disponível em: <https://goo.gl/ZPt8DY>, Acesso em: 15 jul. 2017, p. 23. Tradução livre.

[254] AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation*: transcending the deregulation debate. New York: Oxford University Press, 1992.

[255] Idem.

[256] AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit.*, p. 18: "(...) nossa defesa é sobre um método de regulação e não sobre fins da regulação, um método que é negociado e flexível. Pessoas com interesses radicalmente diversos podem concordar acerca de um método justo para negociação. Do mesmo modo, pessoas com diferentes ideologias podem concordar acerca de um método de resolução de conflitos regulatórios que pareça um caminho

Para os autores, o sucesso da regulação nas sociedades atuais, complexas e dinâmicas reside em um sofisticado balanceamento. Nem as medidas punitivas e rigorosas seriam *per se* eficientes, nem as respostas suaves e persuasivas.[257] Há de se buscar uma combinação ótima e flexível, capaz de oscilar de acordo com o comportamento específico dos agentes regulados. Em cada caso, cabe ao Estado reagir com a "arma" apropriada, mais ou menos punitiva, segundo a maior ou menor disposição do agente para cooperar. A aposta, portanto, é na definição de arranjos criativos a partir de soluções ao mesmo tempo pró-regulação estatal e pró-livre mercado. Modelos ecléticos e dinâmicos, mais compatíveis com cenários de fluxo regulatório[258] e com os tipos de demanda neles observados.

Nesse ambiente, os autores enfatizam que não há como conceber soluções regulatórias genéricas em abstrato, dissociadas das peculiaridades de cada setor econômico-social. O olhar precisa ser contextual. Isto é: regular responsivamente pressupõe considerar a cultura, as práticas e a história do setor regulado; a conduta dos diversos agentes que nele atuam, como empresas, usuários de serviços e associações; a maneira específica como eles interagem e respondem a incentivos. Especialmente, há de se atentar para as diferentes motivações que impulsionam esses atores. Isso porque, caso a caso, tais fatores poderão apontar para respostas estatais mais ou menos interventivas.[259]

De outro lado, ignoradas tais variáveis, as chances de o modelo regulatório falhar são significativas. Para Ayres e Braithwaite, é justamente isso o que acontece quando a regulação desconsidera o efetivo perfil dos agentes regulados de certo setor e toma como paradigma um

---

prático em direção a um mundo que é melhor da perspectiva de todos eles, ainda que não corresponda ao mundo ideal para nenhum ". Tradução livre.

[257] Exemplos de medidas persuasivas seriam a entrega de informações, a expedição de recomendações aos agentes regulados e o intercâmbio comunicativo, na linha do que sugere Pablo Soto Delgado em: DELGADO, Pablo Soto. Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamento de la discrecionalid del regulador ambiental. *Anuario de Derecho Publico da Universidad Diego Portales*, p. 374-407, 2016, p. 403. Disponível em: <https://goo.gl/QCgCZB>. Acesso em: 15 jul. 2017. Outro exemplo de meio não coercitivo é a sanção premial, uma espécie de recompensa: "As sanções premiais são (...) posições de vantagem que o particular poderá galgar, desde que voluntariamente adapte a sua conduta às condições previstas na disciplina ordenadora. Enquanto as normas ordenadoras de comando e controle são estruturadas a parir do binômio prescrição-sanção, as normas de indução de comportamento baseiam-se na atribuição de uma situação ampliativa de direitos a quem se dispuser a adotar previamente os comportamentos exigidos." BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 107.

[258] AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit.*, p. 14. Segundo os autores, mais apropriado do que qualificar o momento atual como de maior intervenção estatal ou de desregulação, é reconhecer a existência de um fluxo regulatório contínuo. Isso porque a realidade, segundo afirmam, é marcada por um estado latente de vulnerabilidades. De um lado, o poder regulatório do Estado revela-se vulnerável à reafirmação do mercado pelo setor privado. Mas o setor privado revela-se vulnerável a modelos impostos e a pressões por parte de organizações associativas, como sindicatos, grupos de consumidores, ambientalistas e outros. E o Estado, de sua vez, encontra-se também vulnerável quando acusado de cometer falhas regulatórias pela sociedade. Em verdade, os diversos atores do jogo regulatório (o Estado, o mercado, as associações e a sociedade) desafiam-se constante e mutuamente, exercendo pressões uns sobre os outros, que deságuam em maior ou menor densidade regulatória.

[259] AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit.*, p. 4.

estereótipo específico para balizá-la. A vida real, eles frisam, é mais complexa: há tanto indivíduos e empresas economicamente racionais, movidos pela intenção primordial de aumentar ganhos e reduzir custos, como agentes com efetivo senso de responsabilidade social e comprometimento cívico – na linha, inclusive, do que apontaram os autores filiados à *Behavioral Law and Economics*. Logo, abordagens responsivas precisam identificar essas variedades de conduta e abarcá-las, proporcionando os incentivos corretos em cada caso.

De mais concreto, os autores apostam em um conjunto de estratégias voltadas a tornar o ambiente regulatório mais responsivo, especificadas nos diferentes capítulos de seu livro.[260] Para os fins da tese, interessa especificamente o Capítulo 2 ("*The Benign Big Gun*"), em que apresentado *(a)* o modelo de pirâmides sancionatórias e regulatórias, pautado na combinação dinâmica de recompensas, alívios, castigos e perdão, com vista a um grau maior de conformidade à regulação; *(b)* operacionalizado mediante o uso da estratégia *tit-for-tat* ("TFT") – uma espécie de atitude "olho por olho, dente por dente".

---

[260] No capítulo 1, os autores introduzem a ideia central de *responsividade*, enquadrando-a como uma terceira via (alternativa ao debate polarizado em torno do mercado livre *versus* regulação), focada na produção de resultados. Sob essa ótica, eles apostam nas interações e combinações possíveis entre a intervenção estatal e a autorregulação privada, defendendo que a criatividade nas respostas regulatórias levaria à criação de políticas públicas mais eficientes e efetivas. Eles ainda pontuam que as estratégias regulatórias devem ser responsivas tanto às circunstâncias criadoras de demanda por regulação (como a estrutura dos mercados, a motivação dos atores envolvidos e o comportamento do mercado), quanto ao *modus operandi* de cada resposta regulatória. Nessa linha, o contexto, a cultura regulatória e a história são tidos como elementos fundamentais para a proposta de regulação responsiva. No capítulo 2, explorado em maior minúcia no presente trabalho, os autores apresentam evidências de que abordagens exclusivamente cooperativas ou punitivas não seriam suficientes, e propõem como alternativa o uso da estratégia "tit-for-tat" (que será devidamente explicada). Eles também pontuam que os reguladores devem contar com hierarquias de sanções e de estratégias de regulação, baseadas em diferentes graus de intervencionismo (a ideia de pirâmides sancionatórias e regulatórias). Nos capítulos seguintes, Ayres e Braithwaite aprofundam a análise em torno das diversas possibilidades de interação com os agentes privados, seja mediante estratégias de delegação a grupos de interesse público (capítulo 3), às próprias empresas reguladas (capítulo 4) e mediante modelos assimétricos de regulação (capítulo 5). No capítulo 3, para mitigar os riscos de capturas prejudiciais e de corrupção associados ao desenvolvimento de estratégias cooperativas, eles defendem o reforço do poder das associações de cidadãos. No capítulo 4, a autorregulação forçada ("*enforced self-regulation*") surge como estratégia intermediária entre as abordagens de autorregulação e de comando e controle. Nela, as regras corporativas são definidas pelas empresas e ratificadas pelo Estado; mas, havendo falha na aplicação dessas regras, justifica-se a intervenção estatal para o seu reforço. Já no capítulo 5, os autores buscam demonstrar que, entre um modelo abrangente ("*industry-wide regulation*"), que abarque todos os agentes regulados de certo setor, e o modelo de *laissez-faire*, há estratégias parciais mais indicadas do que o "tudo ou nada", direcionadas a apenas uma parte da indústria. Seria o caso da regulação dirigida apenas a certo agente para combater o monopólio e estimular a competição (a "*dominant-firm intervention*"), por meio, *e.g.*, da fixação de preços para a empresa dominante vender seus produtos. Outra estratégia parcial seria tomar por foco apenas as empresas em crescimento ("*fringe-firm intervention*"), direcionando a regulação especificamente para a sua criação ou manutenção (o que poderia ocorrer por meio de programas de subsídios). Por fim, os autores aludem a uma terceira estratégia parcial referida como regulação de torneio ("*tournement regulation*"), dirigida a setores em que predominam empresas do mesmo tamanho. A ideia é que, nesses casos, o tratamento diferenciado não seja *ex ante* (como nos dois casos anteriores), mas *ex post*. Assim, por exemplo, qualquer empresa teria a oportunidade de investir em pesquisa e desenvolvimento; mas o tratamento díspar seria dispensado àquela que vencesse essa competição, mediante o prêmio de uma política patentária diferenciada. De modo geral, os autores defendem que o tratamento diferenciado entre os tipos de empresas deve ocorrer tanto para estimular a competitividade, quanto para combater os males do exagero privado (concentração exagerada) e do poder público (riscos de corrupção e captura).

Para Ayres e Braithwaite, modelos assim estruturados seriam os mais capazes de alavancar o cumprimento da legislação porque mais responsivos a premissas fáticas, sociológicas e comportamentais indispensáveis para a construção de esquemas regulatórios eficientes. Comparativamente a outros modelos, eles se ajustariam de forma mais consistente a tais premissas, assim sintetizadas:[261]

(i) Os agentes regulados são levados a cumprir a legislação por motivações distintas. Há atores que o fazem porque entendem ser essa a escolha economicamente mais racional, enquanto outros são movidos por valores morais, comprometimento cívico e social. Um mesmo agente, inclusive, pode revelar compromissos contraditórios com os diferentes valores em jogo (ora de maximização de ganhos ou de reputação, ora de responsabilidade social e empresarial), que variam segundo o momento e o contexto considerados.

(ii) De um lado, estratégias regulatórias baseadas exclusivamente na persuasão e na autorregulação[262] apresentam-se frágeis para lidar com atores economicamente racionais. De outro lado, estratégias regulatórias baseadas primordialmente na punição tendem a minar a boa-fé dos agentes imbuídos de um senso de responsabilidade e comprometimento.

(iii) Há ainda que se considerar que punir é caro e persuadir é barato. Por isso, a regulação baseada predominantemente em punição desperdiça recursos em litígios que poderiam ser mais bem gastos com monitoramento e persuasão.

(iv) Mais do que isso: uma estratégia preponderantemente punitiva alimenta uma subcultura organizada de resistência à regulação. Regulador e regulado estabelecem uma espécie de jogo de "gato e rato" em que o particular é levado a desafiar a regulação, explorando suas lacunas, e o Poder Público é levado a responder mediante a edição de regras ainda mais específicas, em tese voltadas a

[261] AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit*., p. 19-20.
[262] Sobre autorregulação, v. SILVA, Bruno Boquimpani. *A autorregulação*: delineamento de um modelo policêntrico de regulação jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

preencher essas lacunas. Isso, contudo, cria problemas graves de coerência sistêmica.[263]

(v) Por fim, a regulação deve lidar com o fato de que há, na sociedade, níveis de agregação diferentes. Por exemplo: os funcionários de uma empresa reúnem-se em subunidades corporativas; essas subunidades, em unidades corporativas; as empresas, em associações regionais; as associações regionais, em associações nacionais. Logo, a estratégia regulatória precisa endereçar esses níveis de complexidade e avançar em cada um deles para alcançar seus objetivos. Ela não pode ser homogênea nem indiferente a esses distintos níveis de organização.

4.2.2 Quando punir e quando persuadir? A estratégia "tit-for-tat" sob a ótica da racionalidade econômica.

Se os modelos regulatórios devem combinar medidas punitivas (de "*deterrence*") e persuasivas (de "*compliance*"), a questão a saber é: quando e como utilizar umas e outras? Quando aplicar uma sanção e quando apelar ao senso de responsabilidade social dos agentes regulados para persuadi-los?

Para abordar esse ponto, Ayres e Braithwaite recorrem, em primeiro lugar, aos estudos econômicos produzidos por John Scholz,[264] que se propôs a pensar a regulação sob a ótica da teoria dos jogos.[265] Dessa perspectiva, as empresas seriam jogadoras racionais dispostas a

[263] Situando os problemas de coerência e coordenação como uma espécie de galha regulatória, v. SUNSTEIN, Cass R. *After the Rights Revolution:* reconceiving the regulatory state, Harvard University Press, 1993, p. 93. Segundo o autor, as falhas de coordenação remetem a inconsistências ou incoerências geradas em razão da multiplicidade de normas – inclusive normas atributivas de competência – sobre um mesmo tema. Sunstein observa que esse tipo de problema tem efeitos extremamente perversos, vez que: dificulta o controle da regulação e a responsabilização dos agentes estatais, na medida em que as normas por eles produzidas se entrelaçam de maneira caótica; deflagra disputas internas entre autoridades e órgãos públicos; além de impedir a fixação pelo governo de programas regulatórios coerentes. Enfim, comprometem-se a racionalidade, a efetividade e a eficiência da regulação.

[264] Eis o trabalho de John Scholz mencionado pelos autores: SCHOLZ, John T. Cooperation, deterrence, and the ecology of regulatory enforcement. *Law and Society Review*, v. 18, n. 2, p. 179-224, 1984. John Scholz é professor de Ciência Política norte-americano. Atualmente, leciona na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Flórida, nos Estados Unidos.

[265] "Quando dois (ou mais) indivíduos interagem e suas ações se baseiam naquilo que esperam ou desejam que os outros façam, existe o que se denomina '*comportamento estratégico'*. Quando isso ocorre, a interação entre eles pode ser tratada como um jogo. Em tal situação, a Teoria dos Jogos analisa e ajuda a prever as *estratégias* racionais desses indivíduos a partir da definição de quais são as regras do jogo" PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. cit.*, p. 157. Grifos do original. Os autores esclarecem que a primeira tentativa formal de se criar uma Teoria dos Jogos pode ser atribuída ao matemático John Von Neumann, em 1928, pela publicação do artigo "Zur Theorie der Gesellschaftspiele". Adiante, foram atribuídos prêmios Nobel de Economia a James A.

minimizar custos regulatórios e aumentar ganhos, ao passo que o Poder Público jogaria para maximizar os níveis de cumprimento da regulação. Scholz demonstra, então, com base em dados matemáticos e empíricos, que o uso de uma estratégia do tipo *tit-for-tat* é a que, nesse cenário, tem o condão de potencializar as recompensas para as partes, obtidas em um contexto de cooperação mútua.

Em outras palavras, a maior eficiência é obtida quando os jogadores oscilam seu comportamento de acordo com a postura de seus "adversários", que pode ser mais ou menos cooperativa. Tanto para a empresa quanto para o regulador, a estratégia ótima (mais vantajosa) é cooperar. Mas – e essa é uma nuance fundamental –, apenas *se* e *enquanto* o outro rival cooperar. Por isso, se um dos jogadores desertar, o outro deve retaliar. Se a empresa for oportunista, o Estado deve punir. Se a postura do Estado for adversarial, justifica-se que a empresa seja oportunista – e busque meios de se evadir do cumprimento da lei.

De toda forma, caso a reação do oponente surta efeito e impulsione o jogador dissidente a retornar à cooperação, a estratégia *tit-for-tat* recomenda que ele seja perdoado, para que se restaurem os benefícios da cooperação mútua (superiores aos da deserção mútua). Nas palavras do próprio Scholz:

> Como uma estratégia 'amigável' (uma estratégia que não se vale da sanção a não ser que a empresa deserte), a 'tit-for-tat' tem a plena vantagem da mútua cooperação com todas as empresas que busquem agir amigavelmente. Como uma estratégia vingativa de pronta retaliação, ela faz uso da sanção nos casos específicos de empresas que infrinjam a regulação em todas as rodadas. Entretanto, como uma estratégia de perdão, ela responde quase que imediatamente se um infrator passar a se conformar à regulação, restaurando, assim, o benefício da cooperação mútua ao invés dos baixos retornos da deserção mútua. Ademais, a simplicidade da estratégia 'tit-for-tat' a torna facilmente reconhecível por um oponente.[266]

Logo, a partir desse ferramental econômico, Ian Ayres e John Braithwaite demonstram que sujeitos maximizadores de ganhos ou de reputação têm incentivos para preferir soluções de cooperação mútua a embates. A cooperação vale a pena não em razão de qualquer senso de responsabilidade cívica ou social, mas porque minimiza os custos regulatórios da maneira mais eficiente. De todo modo, ela somente se apresentará como a melhor estratégia se o regulador estiver disposto a responder "com a mesma moeda" e habilitado para tanto – *i.e.*, se o ordenamento jurídico o municiar dos meios necessários. É por

---

Mirrlees e William Vickery, em 1994, e a John C. Harsanyi, John Nash e Richard Selten, em 1996, por suas contribuições também associadas à Teoria dos Jogos.

[266] Tradução livre. *Apud* AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit.*, p. 21.

isso que, à luz desse racional, modelos predominantemente punitivos tendem a criar incentivos econômicos à retaliação por parte dos administrados.

4.2.3 A estratégia "tit-for-tat" sob a ótica de estudos comportamentais.

Mas Ayres e Braithwaite vão além. Eles avançam para demonstrar que o uso da estratégia *tit-for-tat* se apresenta como a melhor alternativa não apenas à luz do referencial teórico do *homo economicus*, mas também de estudos econômicos alinhados a vertentes sociológicas e comportamentais. Exatamente nessa conjunção, eles frisam, reside a força de sua proposta: nela, abordagens teóricas diametralmente opostas convergem para justificá-la.[267] De um lado, como se viu acima, as teorias racionalistas apontam a *tit-for-tat* como a melhor estratégia por sua capacidade de potencializar a cooperação mútua, tida como o cenário mais vantajoso para agentes econômicos racionais.[268] De outro lado, também as vertentes comportamentais e sociológicas recomendariam a TFT. Nesse caso, não por conta da perspectiva de maximização de ganhos, mas por sua capacidade de prestigiar e incentivar a motivação não econômica das empresas, relacionada ao senso de responsabilidade social e cumprimento da lei.[269]

Com efeito, os executivos e as empresas nem sempre agem de forma utilitarista, com vista à maximização de receitas e de reputação.[270] Modo geral, há também um compromisso em atuar da maneira correta, como agentes cumpridores da lei e socialmente responsáveis – na linha do que apontam os trabalhos da economia comportamental. Por isso, da mesma forma que não se deve acreditar que os atores econômicos cumprirão a regulação a qualquer

---

[267] AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit*., p. 22.

[268] Em outras palavras, a TFT maximiza a diferença entre as recompensas obtidas com a punição e com a cooperação, fazendo desta a escolha economicamente mais racional – desde que seja mútua.

[269] "A estratégia *tit-for-tat* resolve as contradições entre punição e persuasão antes delineadas. Cooperando com as empresas até que elas trapaceiem, os reguladores evitam o aspecto contraprodutivo de desconfiar de atores que são responsáveis quanto às suas obrigações sociais. Agindo de forma dura com os ofensores, esses agentes regulados são onerados quando sua atuação se motiva tão-somente pela obtenção de lucro; por conseguinte, eles têm razões para privilegiar seu lado socialmente responsável e cumpridor das regras em detrimento do seu lado corruptível. Em resumo, a eles são apresentados motivos para melhorar, sobretudo porque, quando efetivamente melhoram, os agentes descobrem a disposição do regulador para perdoar. Quando iniciam processos de reforma e melhoria, os regulados descobrem que reguladores dispostos a perdoar os tratam como se seu lado socialmente responsável houvesse sido sempre o seu lado verdadeiro. Para Scholz, o perdão conferido a empresas que planejam cooperar no futuro é parte da estratégia de maximização das diferenças entre os incentivos da cooperação e da punição. (...) Todas essas análises sobre o que torna o cumprimento racional e o que constrói uma cultura de negócios com responsabilidade social podem convergir para a conclusão de que o cumprimento é otimizado por uma regulação que seja, a um só tempo, feroz e capaz de perdoar". AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit.*, p. 26-27. Tradução livre.

[270] Os autores justificam essa constatação a partir de estudos empíricos mencionados no texto e já abordados em obra anterior de um deles: BRAITHWAITE, John. *To punish or persuade*: enforcement of coal mine safety. Albany: State University of New York Press, 1985.

custo – o que seria ingênuo –, uma generalização em sentido oposto também não seria correta. A realidade evidencia que o cumprimento das normas pode ocorrer ainda quando isso se revele economicamente irracional.

Mesmo porque, no dia a dia, as motivações não são estáticas, mas circunstanciais e dinâmicas. Logo, uma empresa reconhecidamente responsável pode alterar seu comportamento e aderir a estratégias de resistência à lei em razão de fatores supervenientes, como o enfrentamento de um período de crise. Mas ela pode reassumir o seu perfil inicial de compromisso com a regulação após o momento de dificuldade. Ou seja, em diferentes contextos e em diferentes oportunidades, as empresas e seus dirigentes revelam-se contraditoriamente comprometidos com os valores em jogo: ora são impulsionados pela racionalidade empresarial, ora por um compromisso genuíno com a lei e com suas responsabilidades. O diretor de uma empresa produtora de leite, *e.g.*, pode se revelar mais sensível à crise de desnutrição que assola as crianças do país, e por isso mais tendente a colaborar com as políticas públicas do setor; ou mais agressivo nas metas de resultado da empresa quando a economia passar por momentos de menor aceleração. Esses dois "eus" (o "*money-making"* e o "*responsible self"*) coexistem e dialogam. Sem que possam ser isolados.

Em vista disso, a construção de uma boa política pública, lastreada em modelos regulatórios eficientes e operacionais, deve ser responsiva a tais cenários heterogêneos e cambiantes. Há quem busque o lucro a qualquer custo; há quem atue por um senso genuíno de responsabilidade social; e há quem se comporte ora de uma forma, ora de outra. Daí que estratégias regulatórias unidimensionais e estáticas, baseadas ou em persuasão e autorregulação, ou apenas em punição, estão fadadas ao insucesso. Enquanto as primeiras tendem a ser manipuladas por atores economicamente racionais, as segundas aniquilam o espírito cooperativo dos atores socialmente responsáveis.

Ainda sobre esse ponto, Ayres e Braithwaite explicam que o ser humano reage de forma negativa diante de modelos em que a punição seja a primeira e principal resposta, ao invés de estratégias persuasivas, como o diálogo. Ele tende a se sentir estigmatizado, ofendido, insultado. Por isso, ao ser tratado como mero maximizador de lucros, o indivíduo realmente comprometido com a lei e com os valores sociais é levado a buscar caminhos de resistência e de enfretamento,[271] num movimento que se "coletiviza" a partir da agregação dos

[271] "(...) uma estratégia baseada principalmente em punição degradará as boas intenções de agentes que estejam motivados por um senso de responsabilidade. Isso é verdade em toda situação em que essa responsabilidade é vista pelos agentes como um apelo mais nobre do que ganhar dinheiro. Quando os atores acreditam estar perseguindo um objetivo mais nobre, tratá-los como se tivessem motivações menores é insulto que os desmotiva". AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit*., p. 24-25. Tradução livre.

grupos empresariais. Como resultado, cria-se uma subcultura de resistência à regulação que se retroalimenta, pois facilita e incentiva o surgimento de novos métodos de resistência e de contra-ataque à regulação.

Logo, o desafio de uma regulação bem-sucedida é justamente estabelecer uma sinergia entre punição e persuasão.[272] A ideia não é prescindir da sanção, mas retirá-la da posição preferencial e a priorística. A punição deve ser estratégica, e não prioritária, porque assim fortalece o cumprimento voluntário da regulação. Além disso, a persuasão como primeira resposta legitima a punição, apresentando-a como razoável e justa.[273]

E não é só. Os autores apontam ainda que: *i)* sendo a persuasão mais barata, o seu uso, se eficaz, economiza recursos para serem direcionados às necessidades sociais, ao contrário da punição, que demanda custos altos, inclusive em razão dos litígios judiciais usualmente deflagrados; *ii)* modelos predominantemente coercitivos tendem a operar como jogos de "gato e rato". É que eles criam incentivos para que as empresas desafiem a regulação explorando suas lacunas, o que leva o Poder Público a responder com a edição de ainda mais regras e mais específicas. Isso deságua em dois outros problemas: o primeiro, de coerência sistêmica, já que a regulação vai se construindo a partir da justaposição de normas; e o segundo, de racionalidade, já que o excesso de legalismo para combater violações simples e específicas, além de improdutivo, acaba por negligenciar os problemas sistêmicos subjacentes ao modelo; *iii)* não bastasse o exposto, a estratégia punitiva seria pouco adequada para lidar com setores regulados altamente dinâmicos, como os da área de tecnologia, em que diplomas detalhados não lograriam acompanhar as transformações da realidade.[274]

---

[272] Apostando no uso de uma abordagem do tipo TFT como a mais eficiente para estruturar a regulação de segurança e saúde no trabalho na Colúmbia Britânica, uma província do Canadá, v. BROWN, Richard. *Op. cit.*, p. 87. Segundo o autor: "A aplicação de normas regulatórias sobre saúde e segurança do trabalho na Columbia Britânica apoia-se demais sobre a persuasão. Muitos ofensores reincidentes que de forma persistente se recusam a obedecer às regras nunca são punidos. Embora um uso maior da punição pudesse ser feito, penalizar todos os ofensores seria contraprodutivo. O tipo de estratégia *tit-for-tat* defendido tanto por Scholz (1984) e por Ayres e Braithwaite (1992) é provavelmente a melhor. Essa estratégia regulatória envolve uma atitude inicial do regulador no sentido de persuadir o ofensor a cumprir as normas, o que se converterá em punição se a persuasão falhar, retornando-se a táticas mais suaves se as mais duras provocarem no regulado uma reação de busca por cooperação. Como Scholz demonstra valendo-se da teoria dos jogos, a estratégia *tit-for-tat* torna a cooperação a resposta mais economicamente racional para os regulados. Ayres e Braithwaite (1992, cap. 2) sustentam que essa estratégia também alimenta motivações não econômicas dos regulados para serem responsáveis e cumpridores das normas". Tradução livre.

[273] "Rejeitar a punição como ferramenta regulatória é ingênuo; estar completamente comprometido com ela é investir forças no lugar errado. O truque do sucesso na regulação é criar sinergia entre punição e persuasão. A punição aplicada estrategicamente reforça a regulação por meio de persuasão, e há algo ainda a destacar. A persuasão legitima a punição como razoável, justa, e mesmo algo que possa provocar remorso ou arrependimento". AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit.*, p. 26-27. Tradução livre.

[274] Sobre os desafios da regulação em tempos de avanços tecnológicos, v. FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Assim, modelos eficientes devem se basear na utilização de medidas persuasivas em primeiro plano, sem prejuízo do manejo de "armas" mais rigorosas disparadas contra agentes econômicos maliciosos, movidos pela intenção de explorar os privilégios da persuasão. Essas medidas mais severas cumprem o papel estratégico de assegurar a autoridade do regulador e o necessário senso de justiça perante as empresas socialmente responsáveis – por isso são *benign big guns*, ou seja, armas poderosas benignas.[275] Ademais, elas serão decisivas para incentivar agentes inseguros quanto às suas motivações, no sentido de "empurrá-los" ao cumprimento da lei. Para tanto, é essencial que eles acreditem na efetividade do sistema, *i.e.*, na real possibilidade de a ameaça punitiva recair sobre os infratores e mal-intencionados.

Há, de toda forma, duas situações peculiares merecedoras de uma avaliação mais cautelosa. A primeira diz respeito a organizações e atores caracterizados como patologicamente irracionais. Eles não seriam nem utilitaristas, nem socialmente responsáveis, mas agentes não subordinados de qualquer forma à lei.[276] Assim, para lidar com esses agentes, não faria sentido nem lançar mão de respostas persuasivas em primeiro plano, nem de medidas sancionatórias intermediárias, como as multas. Somente punições incapacitantes conseguiriam detê-los, a exemplo da revogação da licença para funcionamento do estabelecimento.

A segunda situação envolve agentes economicamente racionais que estabeleçam uma relação pontual, sem continuidade, com o Poder Público. De modo geral, em casos assim, respostas preferencialmente persuasivas não funcionariam bem. É que esses atores não teriam incentivos para cooperar, e sim para fraudar a lei em eventuais outras oportunidades. Apesar disso, Ayres e Braithwaite ressalvam que a solução não remeteria necessariamente ao uso exclusivo de respostas punitivas. É que os custos envolvidos seriam tão altos que esse tipo de estratégia somente se justificaria diante de violações mais graves. Para as de menor

[275] Afinal, tais empresas reconhecem a capacidade de o regulador tratar de forma diferenciada, mais rigorosa, os administrados que atuam de forma estratégica, priorizando a maximização de seus ganhos.

[276] Sobre comportamentos patológicos, veja-se matéria publicada no Jornal O Globo contendo alerta do professor de psicologia e neurociência da Universidade do Sul da Califórnia (EUA), Antoine Bechara: "(...) Bechara destaca a importância da educação moral tanto em casa quanto na escola (...) 'Hábitos são difíceis de quebrar, mas punir ou elevar a percepção de risco de punição do comportamento corrupto deve ser eficaz para a maioria das pessoas, já que elas se engajam neles sem necessariamente ter alguma anomalia cerebral, só por uma educação falha. Assim, o aprendizado desde cedo, por meio dos pais e da escola, de que o comportamento corrupto é moralmente errado e que a empatia deve ser enfatizada nas relações levarão as pessoas na direção certa'. Bechara alerta, no entanto, que a corrupção de fato nunca poderá ser erradicada porque uma parcela da população é impermeável ao aprendizado moral e ao medo da punição e da reprovação social, provavelmente devido a alterações fisiológicas ou funcionais do seu VMPFC [córtex pré-frontal ventromedial] ainda não detectadas" BAIMA, Cesar. Mente corrupta: cientistas buscam explicação biológica para comportamentos imorais. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, p. 20, 16 jun. 2017.

intensidade, funcionariam melhor medidas governamentais de incentivos à reparação voluntária voltadas a abarcar agentes com algum grau de comprometimento com a lei.[277]

4.2.4 Pirâmides sancionatórias.

A partir das premissas acima delineadas, Ayres e Braithwaite propõem que modelos sancionatórios responsivos e eficientes, orientados pela estratégia TFT, sejam estruturados sob a forma de uma pirâmide. A base seria composta de medidas essencialmente persuasivas, que se tornariam tanto mais severas quanto mais próximas do vértice. A ideia é que a maior parte das respostas estatais permaneça na camada inferior. Daí se progrediria para o uso de instrumentos intermediários, como notificações e advertências, seguidas de multas e de suspensões temporárias de direitos, até se chegar ao vértice, em que situada a medida extrema e excepcional – por isso "*big gun*" – de incapacitação definitiva dos agentes para o exercício da atividade (a exemplo da cassação de sua licença).

Os autores esclarecem que não existe um modelo ideal e universal de pirâmide. Diferentes arranjos são adequados para diferentes ordenamentos jurídicos e searas regulatórias, de acordo com as suas especificidades. A despeito disso, eles sustentam que a probabilidade de os particulares abandonarem a cooperação é menor quando sabem estar diante de um modelo piramidal nesses termos. Esquemas de *enforcement* baseados em um tipo único de sanção, e sobretudo aqueles em que essa medida possuir natureza drástica (como a suspensão ou a cassação da licença do administrado para operar), perderiam em efetividade.[278] Aliás, levariam a um verdadeiro paradoxo regulatório:[279] sendo a medida de

[277] AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit.*, p. 30. Além dos patologicamente racionais e daqueles que mantenham relações pontuais com o regulador, os autores se referem aos incompetentes. *Verbis*: "(...) Se a ameaça da arma – notadamente, uma sanção pecuniária - não os motiva [os agentes regulados], existe uma variedade de formas de persuasão disponíveis – como recorrer à responsabilidade social ou ao comprometimento com a lei, atribuições positivas, elogios, eleger outras organizações como modelos de sucesso para a solução de problema. Se nem o dinheiro nem o senso de responsabilidade forem suficientes para os motivar, o instituto da 'arma rigorosa' benigna pode justificar uma sanção incapacitante, como a suspensão temporária da licença ou uma penalidade permanente. Se o descumprimento não for resultado nem de ganância nem de irresponsabilidade, mas de incompetência, a instituição de 'armas grandes' benignas pode tentar persuadir o gerente a aceitar orientações de consultoria. Como um instituto que não pressupõe uma determinada motivação, ela ("*the benign big gun*"] tem uma solução para o problema do não cumprimento, independentemente do que motive a violação." *Op. cit*., p. 50-51.

[278] Mesmo porque, como apontou Robert Baldwin a propósito do uso de medidas punitivas, do tipo comando controle, o potencial dessas medidas é limitado. Isso porque mesmo as maiores empresas lidam de modo muito variado, confuso e irracional com o gerenciamento dos riscos regulatórios. Ainda quando elas busquem gerenciar riscos sancionatórios, o resultado pode não levar ao cumprimento das normas. Logo, o uso dessas medidas punitivas para incentivar o cumprimento da regulação deve partir do reconhecimento de que mesmo as principais empresas tendem a ser muito lentas para adaptar seus mecanismos de controle interno aos requisitos regulatórios externos. BALDWIN, Robert. The New Punitive Regulation. *The Modern Law Review*, v. 67, n. 3, p. 351-383, maio, 2004.

efeitos avassaladores (não apenas para os sócios, mas para os trabalhadores da empresa e para a sociedade em geral), sua aplicação fora de casos extremos acabaria por se tornar inaceitável, moral e politicamente. Logo, a regulação excessivamente rigorosa levaria a índices baixos de adesão dos regulados.[280]

Daí porque, insistem Ayres e Braithwaite, o Poder Público tem maior capacidade institucional para alavancar a cooperação quando dispõe de uma escalada de meios intimidatórios, a serem manejados de forma responsiva (*i.e*., de acordo com a disposição do regulado para cooperar e com a aceitabilidade moral e política da medida).[281]

É verdade que, mesmo em cenários assim, o agente economicamente racional teria estímulo para realizar cálculos: estimar o preço associado a cada infração específica; descartar as sanções incabíveis; e raciocinar em torno das demais, sabedor de que a agência tem certa margem de discricionariedade para definir a severidade da resposta e de que a probabilidade de detecção do ilícito varia dentro de certos percentuais. Ainda assim, esse é um cálculo cujos custos de informação são expressivos, mesmo para as empresas bem assessoradas. É por isso que um cardápio variado de respostas, passível de manipulação com certa dose de discricionariedade pelo órgão regulador, criaria as condições necessárias para o Poder Público deter as condições de barganhar e blefar, com vista aos resultados mais eficientes. Vale um exemplo.

No Chile, esse racional foi explorado na decisão proferida pelo Terceiro Tribunal Ambiental do Chile relativamente ao Caso Bocamina.[282] Na hipótese, a Empresa Nacional de Electricidad S. A. (ENDESA) apresentou reclamação contra a decisão da Superintendência do Meio Ambiente (SMA) que lhe aplicou multa pelo cometimento de infrações ambientais. A companhia questionou a inexistência de uma fórmula objetiva de cálculo que tivesse norteado a definição da penalidade, a qual, por isso, seria arbitrária. O Tribunal rejeitou a reclamação da empresa. Na oportunidade, ressaltou que:

> Este tribunal não pode se opor ao exercício de discricionariedade da SMA em sua ponderação acerca dos elementos fáticos levados em conta no procedimento sancionador, pois ela atua dentro de sua competência. Ademais, poderia revisar se o

---

[279] A respeito dos paradoxos regulatórios, *i.e.,* medidas que produzem resultados diametralmente opostos aos esperados, v. SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.*, p. 74.
[280] AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit*., p. 36.
[281] AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit*., p. 36.

[282] Tribunal Ambiental do Chile, Rol R-6-2014, de 27 de março de 2015. Disponível em: <https://goo.gl/nWq8SW>. Acesso em: 22 abr. 2017. O precedente foi analisado por DELGADO, Pablo Soto. *Op. cit*., p. 389-390. Acesso em: 22 abr. 2017. Trata-se de caso em que a empresa sancionada questionou perante o Terceiro Tribunal Ambiental multa que lhe foi imposta pelo órgão ambiental, por meio da Resolução nº 421, de 2014, quanto à operação da Central Termoeléctrica Bocamina, localizada na comuna de Coronel, região de Biobío.

> cálculo está bem feito ou não, mas isso transformaria o processo sancionador ambiental em um processo de precificação ambiental. Isso seria, no entendimento deste Tribunal, afastar-se da finalidade da lei. Com efeito, se um indivíduo pudesse precificar *ex ante* o custo de sua infração, então poderia realizar uma análise de custo e benefício, e no caso de o custo de pagar a multa ser mais baixo que o de causar poluição, a legislação ambiental não conseguiria atender ao seu objetivo. Se prevalecessem as alegações da ENDESA, este órgão judicial se transformaria em uma instância de revisão de tarifas, função diversa do exercício a jurisdição.[283]

A decisão, portanto, alinha-se à importância destacada por Ayres e Braithwaite quanto à definição de um cardápio diversificado e flexível de respostas do regulador. Cardápio esse que, além de responsivo às diferentes motivações dos agentes, deve considerar os diversos níveis de agregação das organizações, desde os seus funcionários, passando pelas unidades e subunidades em que se organizam dentro da empresa, até as associações de indústrias de um mesmo setor. A ideia é permitir a utilização de estratégias diferentes (de cooperação, de punição e de perdão) de forma simultânea em relação a distintos segmentos de uma empresa.

Por exemplo: uma corporação disposta a cumprir a lei não deve receber o mesmo tratamento dispensado à associação que a representa se esta, ao contrário da empresa, adotar comportamento não cooperativo, voltado a incitar seus associados a resistir à regulação. Da mesma forma, uma postura de enfrentamento quanto a certo dirigente de companhia, recalcitrante quanto à adequação de sua conduta às normas, não impediria eventual relação amistosa do regulador com a empresa si,[284] orientando-a, inclusive, a adotar providências quanto ao referido gestor.[285]

---

[283] Tribunal Ambiental do Chile. *Op. cit*. Tradução livre.

[284] Até porque, como salienta Daniel Silva Boson, a responsabilização da pessoa jurídica e das pessoas físicas que nela exercem funções envolve um problema de agência: os interesses de administradores e funcionários (agentes) nem sempre estarão alinhados ao da corporação (principal). Logo, há infrações que podem ser benéficas para ambos, como há ilícitos que podem beneficiar apenas o infrator, em detrimento da companhia e de seus acionistas – a exemplo dos casos de *insider trading*, a princípio. Cf. BOSON, Daniel Silva. *Op. cit.*, p. 119-144, maio/ago. 2016, p. 125. Saliente-se que essa abordagem, tendente a diferenciar a empresa de seus colaboradores quando fique claro que a ação ilícita foi pontual e individualmente levada a cabo pela pessoa física, é uma preocupação central na instituição de programas de compliance e outros meios de aprimoramento da governa corporativa. Na Lei Anticorrupção brasileira (Lei nº 12.846/2013), o art. 7º, inciso VIII, prevê que serão levados em consideração na aplicação das sanções: "a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica".

[285] AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit.*, p. 34. Os autores ainda ressaltam que agir cooperativamente em um determinado nível de agregação pode ser um artifício eficiente para se obterem informações estratégicas quanto a violações da lei em outro nível. Há de se considerar que os indivíduos tendem a reagir de formas diferentes às distintas abordagens do agente fiscalizador. Quanto mais amistoso o regulador, mais cooperativo tende a ser o regulado. Mas é também verdade que a mera cordialidade não é suficiente. Em regra, os empregados colaboram porque temem que a punição recaia sobre eles próprios. Eles calculam que aderir ao jogo colaborativo diminua as chances de serem punidos. De toda forma, esse tipo de raciocínio estratégico somente se faz presente em um ambiente permeado pela crença na efetiva capacidade punitiva do Estado. Ambiente esse que, ao ver dos autores, é maximizado justamente pelo uso de uma estratégia TFT, i.e., de modelos contingentemente punitivos e persuasivos, pautados na utilização preferencial de solução brandas, mas providos de medidas rigorosas aptas a serem utilizadas diante de agentes recalcitrantes.

4.2.5 Pirâmides regulatórias.

Ayres e Braithwaite vão além para conceber um modelo piramidal mais amplo, baseado não em uma escalada de medidas persuasivas e sancionatórias, mas em estratégias regulatórias mais abrangentes.[286] Também nesse caso, a pirâmide pode assumir diferentes configurações, de acordo com as peculiaridades do ordenamento jurídico e do setor a que direcionada. Por exemplo: pode-se cogitar de um modelo que contemple, em sua base, estratégias de autorregulação, seguidas de autorregulação forçada;[287] da regulação propriamente dita, com espaço de discricionariedade para a definição das punições; e, no vértice, da regulação vinculada.

Esse seria um programa regulatório preocupado em estimular que os agentes do setor busquem soluções e arranjos entre eles para alcançar as finalidades regulatórias. Mas como esses agentes são usualmente tentados a maximizar seus ganhos a partir da realização subótima dos fins regulatórios, o Estado deve deixar claro que dispõe de estratégias mais interventivas para forçar a adequação da conduta dos particulares – e que está disposto a utilizá-las. Capacidade de comunicação e credibilidade, portanto, são decisivos para incentivar que os atores permaneçam nos níveis mais baixos da pirâmide. Ademais, quanto maior a possibilidade de o regulador escalar a pirâmide para adotar esquemas mais interventivos (e se valer dessa ameaça), maior será a sua capacidade de promover os fins regulatórios mediante o uso de medidas cooperativas na relação com os administrados.[288]

Ainda de acordo com os autores, é fundamental que o regulador projete uma imagem de invencibilidade e de força perante os agentes regulados. Mesmo que na prática haja diversas limitações fáticas e jurídicas, o regulador deve parecer mais poderoso do que efetivamente é. Estudos empíricos[289] revelariam que resultados cooperativos estão mais relacionados à maneira como a regulação é percebida do que à forma como ela opera na realidade. Sob essa ótica, os regulados têm maior incentivo para cooperar se enxergam o modelo como cooperativo (a despeito de ele ser bastante adversarial), e se veem os

---

[286] AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit*., p. 39.

[287] Sobre as diferenças entre autorregulação e autorregulação forçada, v. a nota de rodapé nº 260.

[288] Ou seja, o êxito na definição de um modelo cooperativo passaria não apenas pelo *i)* uso de uma estratégia *tit-for-tat* (*i.e*., baseada em recompensas, persuasão e punições, deflagradas de forma dinâmica segundo a maior ou menor disposição do regulado para cooperar); pela *ii)* definição de um conjunto de ferramentas ("*toolkit*") e estratégias organizadas em um modelo piramidal; e, ainda, pela *iii)* gravidade da medida posicionada no vértice da pirâmide. AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit*., p. 40-41.

[289] Os autores se referem precipuamente aos estudos empíricos levados a cabo por Keith Wawkins a propósito da regulação ambiental sobre a poluição da água na Inglaterra. A saber: HAWKINS, Keith. *Environment and Enforcement*: Regulation and the Social Definition of Pollution. Oxford: Clarendon, 1984.

reguladores como dispostos e capazes de punir severamente comportamentos não cooperativos (ainda que não o sejam).[290]

Nessa linha, uma agência com competência legal para impor sanções severas, mas politicamente inábil, pode conquistar credibilidade e incrementar sua aparência de invencibilidade a partir de um caso isolado em que, tendo obtido suporte político, disparou sua "*big gun*" para atingir uma corporação importante; de peso. Já uma agência sem habilidade para manter essa imagem torna-se vulnerável diante de atores dispostos a litigar para derrubar esse mito de invencibilidade.

Seja como for, o uso das punições mais severas não é isento de efeitos colaterais e requer avaliação minuciosa. Ele causa ressentimento entre os atores atingidos e pode comprometer a legitimidade da atuação do Estado. Daí a importância de estudos empíricos que enderecem pontos como: a escolha pelas agências do caso certo a ensejar a aplicação da medida mais gravosa; a reação da indústria a campanhas publicitárias voltadas a criar a impressão de que agências, ainda que sem poderes tão expressivos, sejam vistas como "invencíveis"; os fatores capazes de ameaçar a autoridade regulatória de agências efetivamente "fortes"; e a maneira pela qual os agentes privados constroem a percepção daquilo que temem quanto às agências.[291]

4.2.6 Um modelo que não atira no escuro.

Em suma, para a regulação responsiva, punição e persuasão não são incompatíveis; ao contrário, elas são estratégias que podem e devem conviver dentro de um mesmo modelo regulatório. A regulação deve ser circunstancialmente cooperativa, rígida e aberta a perdoar. A eficiência no alcance das finalidades de interesse público depende desse fluxo dinâmico.[292]

---

[290] AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit.*, p. 45. Saliente-se que os desacordos existentes entre percepções e a realidade foram explorados por Mariana Mota Prato em artigo intitulado "Accountability Mismatch: as Agências Reguladoras Independentes e o Governo Lula". PRATO, Mariana Mota. Accountability Mismatch: as Agências Reguladoras Independentes e o Governo Lula. In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 225-251. Nesse artigo, a autora afirma que a opinião do eleitorado não necessariamente reflete a relação existente entre o chefe do Poder Executivo e as agências reguladoras independentes. Quando a agência está à frente da implementação de políticas públicas impopulares, o Presidente terá grande incentivo para enfatizar e divulgar a independência das agências, dando a impressão de que não exerce qualquer influência sobre elas – ainda que o faça. De outro lado, se a agência é independente de fato e está à frente da implementação de políticas públicas populares, o Presidente tem incentivo para divulgar e enfatizar sua influência sobre o processo, com vista a associar sua imagem aos atos populares das agências.

[291] AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit.*, p. 45.

[292] Como exemplo de modelo ineficiente, os autores citam a Agência de Saúde e Segurança Ocupacional dos Estados Unidos (a U.S. Occupational Health and Safety Administration – OSHA), que constantemente puniria as

Há de se conceber um arranjo moldado a partir das complexidades de cada setor, no qual a cooperação apareça em primeiro plano, sem prejuízo da aplicação de respostas estatais progressivamente mais severas se e quando necessário.

Como defendem Ian Ayres e John Braithwaite, o modelo é meritório pois considera os diferentes estereótipos quanto ao comportamento dos agentes regulados no jogo regulatório – o do *homo economicus* e o do cidadão virtuoso.[293] Mas não está amarrado a eles. De um lado, a proposta não conta que os cidadãos sejam virtuosos – mas se preocupa em combater os efeitos perversos causados por comportamentos estratégicos, mediante o disparo de armas sancionatórias. De outro lado, ela tem a vantagem de não atirar no escuro – já que orienta a atividade repressiva estatal para poupar os indivíduos cooperativos.

Nessa linha, como a ameaça do uso de respostas mais severas é deixada em segundo plano, as pessoas não seriam forçadas a pensar em cenários apenas e obrigatoriamente adversariais, o que estimularia a sua boa intenção. Ao fim e ao cabo, o comportamento cooperativo seria de modo geral incentivado, sem que as instituições precisassem ser desenhadas para lidar com estereótipos únicos.[294]

4.3 **A regulação realmente responsiva.**

4.3.1 Por um modelo ainda mais responsivo para lidar com cenários complexos.

Em 2007, mais de dez anos após a publicação de "*Responsive regulation: transcending the deregulation debate*", Robert Baldwin e Julia Black produziram artigo voltado a criticar esse trabalho seminal.[295] Sem desmerecer seu impacto e importância, os autores apontaram algumas perplexidades. Enfatizaram que a regulação responsiva de fato

---

empresas com pequenas multas (*flea-bite fines*), fazendo desta a estratégia de primeiro plano. Por conseguinte, a cooperação seria destruída, sem qualquer dos benefícios supostamente assegurados pela aplicação dura da lei. AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit*., p. 49.

[293] Embora não enfatize o ponto, Ayres e Braithwaite destacam que não apenas os agentes regulados, mas também o regulador apresenta facetas cambiantes. Ele pode ser bom, mal, autointeressado, republicano, mais ou menos profissional, diligente, claro e inteligente. De sua vez, a combinação dessas facetas com o perfil dos agentes regulados pode levar a resultados diversos. O pior deles (a *regulatory disaster*) ocorre, segundo os autores, quando o regulador rígido, pouco profissional e confuso se relaciona com a empresa maximizadora de seus ganhos. São casos que chamam a atenção dos diversos segmentos da sociedade e causam pessimismo: tanto pela irrazoabilidade das imposições regulatórias usualmente envolvidas, como pelo grau de voracidade e irresponsabilidade das empresas punidas. AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit*., p. 31-32.

[294] AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Op. cit*., p. 50-51.

[295] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. *LSE Legal Studies Working Paper*, n. 15, 2007. Disponível em: <https://goo.gl/SPBfqW>. Acesso em: 15 jul. 2017. O artigo também tece críticas a outros modelos regulatórios, como o da regulação baseada em riscos, que será analisado adiante. De todo modo, o principal alvo é o modelo da regulação responsiva.

contribui para aprimorar a regulação, pois enfatiza a necessidade de modelos dinâmicos sensíveis às complexidades de cada setor. Contudo, a teoria não explicaria de forma suficiente *como* operacionalizar esses modelos.

De fato, se a resposta estatal deve variar de acordo com o comportamento do agente regulado, é preciso, antes, identificar esse comportamento e qualificá-lo (como cooperativo ou não). Mas como fazê-lo? E qual o exato momento em que deve ser disparada uma arma mais restritiva, com progressivo conteúdo sancionatório? Mais ainda: como mapear infrações e responder adequadamente a cada uma delas se as condições institucionais no interior da Administração Pública são muitas vezes precárias e desafiadoras? Modelos teóricos factíveis precisam considerar obstáculos como a escassez de recursos e de tempo, as diversas pressões políticas, a falta de clareza das finalidades regulatórias e a assimetria de informação entre o regulador e o regulado. Não bastasse tudo isso, há ainda um problema de avaliação. É que, nas condições acima mencionadas, o regulador nem sempre tem meios nem *expertise* para avaliar a efetividade de suas estratégias regulatórias. Por vezes, ele sequer tem consciência da importância dessa verificação.[296]

É diante dessas provocações que Robert Baldwin e Julia Black propõem uma abordagem dita ainda mais responsiva do que a de Ayres e Braithwaite. Segundo eles, a "*really responsive regulation*" busca levar a sério o cenário de restrições e dificuldades a que submetidos os reguladores. Para tanto, é preciso expandir a dimensão de responsividade do modelo, para considerar não apenas o comportamento dos agentes regulados, mas também os seguintes cinco fatores: *(i)* a estrutura cognitiva e operacional que molda o comportamento dos agentes regulados diante da regulação; *(ii)* os aspectos institucionais mais amplos do ambiente em que o regulador atua;[297] *(iii)* as diferentes lógicas operativas das ferramentas e estratégias regulatórias e as possibilidades de sua combinação; *(iv)* a avaliação permanente do desempenho do regime regulatório; e *(v)* as mudanças nas prioridades, circunstâncias e objetivos regulatórios.[298] Vale uma breve explicação de cada um deles.

[296] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit*., p. 3.

[297] Aspectos institucionais são preocupação corrente nos estudos de análise econômica do direito. Para um panorama sobre essas escolas ("Institutional Law and Economics" e "The New Institutional Economics"), v. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Op. cit.*, p. 208-283.

[298] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit*., p. 3-4.

4.3.2 Regulação realmente responsiva e os cinco fatores a serem considerados.

Em primeiro lugar, regular de forma realmente responsiva pressupõe atentar para a estrutura cognitiva e operacional dos agentes regulados – isto é, ao seu perfil atitudinal.[299] Isso vai além da mera verificação de como a empresa e seus distintos colaboradores interagem em determinados níveis, ou de quando eles são cooperativos ou não. A ideia é olhar para o contexto mais amplo que molda a resposta do agente regulado ao regime regulatório.

Segundo os autores, estudos na área de *compliance* apontariam diferentes tipos de postura motivacional dos administrados diante da regulação. Eles podem se revelar acomodados, comprometidos, dispostos a manipulá-la, desafiá-la ou até evitá-la. Uma política regulatória adequada deve levar a sério os fatores mais amplos por trás dessas atitudes, decorrentes de um arranjo complexo de elementos racionais e institucionalizados.

É dizer: a ação estratégica de cada empresa ou organização frente a regulação se estrutura a partir de uma combinação de pressões institucionais internas e externas, a exemplo da persecução do lucro e de reputação; de sua posição no mercado; da relação mais ou menos harmônica entre exigências regulatórias e objetivos internos; dos meios pelos quais as normas regulatórias são impostas; da percepção dos regulados quanto à justiça do regime regulatório. Cabe ao regulador ser responsivo a esse conjunto complexo de fatores, a partir de um olhar que considere a cultura e os aspectos cognitivos que operam no seio das organizações reguladas.[300]

Em segundo lugar, a regulação realmente responsiva precisa levar a sério as teorias institucionais. Isso implica considerar as diversas restrições, pressões e oportunidades que estruturam a ação dos reguladores, tais como: os contextos normativo e político; os controles formais e informais exercidos sobre a atividade do regulador; sua posição no regime regulatório mais amplo; a distribuição dos recursos; a percepção do regulador quanto à adequação de sua conduta e à forma como o ambiente é operado. [301] Como fica claro, Baldwin e Black enfatizam a importância do olhar institucional não apenas sobre o regulado, mas também sobre o regulador e suas ações fiscalizatória e executiva.[302]

---

[299] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia, *Op. cit*., p. 18-19.

[300] "A regulação realmente responsiva, portanto, exige que os reguladores considerem as culturas e as compreensões que se processam dentro das organizações reguladas." BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit*., p. 18. Tradução livre.

[301] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit*., p. 19.

[302] "O institucionalismo histórico ressalta o papel da infraestrutura política e jurídica em que o regulador (estatal ou não-estatal) está situado no delineamento de suas ações e decisões: os padrões formais e informais de controle sobre regulador, de poderes de veto na tomada de decisões, sua posição na infraestrutura de um regime

Em terceiro lugar, a regulação deve ser responsiva à lógica própria que permeia cada ferramenta e estratégia regulatória – e, por conseguinte, às dificuldades em torno da combinação dessas ferramentas.[303] Realmente, diferentes estratégias regulatórias internalizam (ou colocam ênfase em) diferentes compreensões acerca da natureza do comportamento ou do ambiente institucional, e por isso pressupõem distintas precondições para a sua efetividade. Ferramentas distintas – como o *compliance*, a intimidação e o *disclosure* – assumem modelos de comportamento distintos por parte dos agentes regulados. É fundamental considerar tais nuances para se alcançar efetividade.[304]

Mais ainda: diante da variedade de lógicas operativas, o regulador deve se preocupar com a combinação dos diferentes instrumentos nas suas distintas atividades, para verificar se e quando isso dá ensejo a tensões.[305] Podem surgir, *e.g.*, problemas de comunicação. Diferentes lógicas baseadas em diferentes presunções e sistemas de valores (culturais e fundacionais) podem fazer com que a mensagem transmitida por meio delas envolva distorções e falhas de contato.

Nessa medida, Robert Baldwin e Julia Black afirmam que o modelo de regulação apenas responsiva criaria dificuldades ao direcionar o regulador rumo a uma escalada punitiva marcada pelo cruzamento de lógicas variadas inerentes a cada um dos instrumentos. Lidar com essas dificuldades é uma preocupação do modelo realmente responsivo. A ideia é

---

regulatório mais amplo (por exemplo, um regime nacional ou não estatal e supranacional, ou regime da União Europeia, ou regime governamental local)" (BALDWIN, Robert; BLACK, Julia *Op. cit*., p. 19). Tradução livre.

[303] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia, *Op. cit*., p. 20-21. No Brasil, as sanções aplicáveis pelo Conselho Nacional de Defesa Econômica (CADE), por exemplo, operam sob diferentes lógicas. Daniel Silva Boson pontua que elas podem ser agrupadas nas seguintes quatro categorias, segundo seus efeitos: "(i) sanções com prováveis efeitos positivos para o mercado, especificamente multa, publicidade, venda de participações minoritárias e obrigação de notificação de operações no setor; (ii) sanções com prováveis efeitos negativos para o mercado, que são as proibições de concentração e de associação para investimentos *greenfield*; (iii) sanções com baixa probabilidade de geração de efeitos, consubstanciadas na inscrição dos condenados no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor e recomendação para não concessão de parcelamento de tributos ou cancelamento de incentivos ou subsídios públicos; e (iv) sanções com maiores riscos sociais de implementação, o que inclui proibição de contratação de instituições financeiras oficiais e venda de ativos". BOSON, Daniel Silva. *Op. cit*.

[304] Os autores exemplificam: "Estratégias de abertura (*disclosure*), por exemplo, assumem um modelo de comportamento, no mínimo, aproximado ao de um ator racional. Estratégias de *compliance* assumem um modelo de comportamento (e, portanto, de responsividade das empresas), que difere das estratégias de dissuasão". BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit*., p. 20. Tradução livre.

[305] "O conceito de 'lógica regulatória', note-se, difere da ideia de objetivos regulatórios (tais como um meio ambiente menos poluído ou locais de trabalho mais seguros). O alcance de tais objetivos pode se buscado por diferentes tecnologias e lógicas (por exemplo, com punição, ou reparação, ou reabilitação, ou por lógicas 'profissionais' ou 'comerciais'). Essas lógicas envolvem diferentes relacionamentos e modos de dialogar com os agentes regulados – uma mensagem punitiva, por exemplo, será formulada e recebida de forma diversa de uma mensagem com caráter reabilitativo. A coerência na lógica é importante porque a confusão prejudica a efetividade da regulação". BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit*., p. 20. Tradução livre.

proporcionar uma forma de enfrentar tais tensões dentro de um arcabouço conceitual que possibilite identificar potenciais dificuldades e forneça fundamentos para a sua solução.

Indo além, o quarto fator diz com a necessária avaliação do desempenho do regime regulatório, com vista a deflagrar as mudanças que se fizerem necessárias.[306] Trata-se de uma espécie de sensibilidade à *performance*,[307] que precisa ser permanente. Cabe ao regulador analisar se as estratégias e ferramentas regulatórias adotadas têm logrado alcançar os objetivos de interesse público almejados; se há atividades que impedem ou dificultam o alcance desses objetivos, mas que não estão abarcadas pelas ferramentas existentes;[308] e se há atividades "*off the screen*", ou seja, fora do raio de detecção e controle pelo regulador. Sem esse diagnóstico, não há como possível identificar as mudanças necessárias. Ao mesmo tempo, o regulador deve ser sensível às alterações nos objetivos e nos ambientes regulatórios para propor ajustes.

A tarefa, eles próprios reconhecem, é árdua. Certas facetas dessa avaliação performática são mais simples, como aquelas relacionadas à verificação dos recursos humanos e financeiros existentes e sua alocação (*e.g.*, o quantitativo de inspetores e de inspeções realizadas pela agência), bem como à maior ou menor aderência da entidade regulatória a requisitos procedimentais. Mas avaliações de resultado de médio e longo prazos são menos comuns e mais complicadas. Elas se relacionam a indagações como as seguintes: em que medida os objetivos de certo programa regulatório foram atingidos? Qual o impacto do regime regulatório para os objetivos de interesse público mais amplos da agência – e não à luz de seus programas específicos?

Por fim, as estratégias regulatórias realmente responsivas devem estar abertas e se ajustar às modificações nas prioridades, circunstâncias e objetivos regulatórios.[309] Tais alterações podem ser necessárias em razão de fatores internos à estrutura regulatória (como ajustes promovidos na agenda regulatória pelo próprio regulador) ou externos (a exemplo de alterações nas atitudes e preferências dos agentes regulados e dos usuários de serviços, do

---

[306] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit*., p. 21-22.

[307] "Sensibilidade à *performance*, ainda, tem fundamento na capacidade de o regime tanto apurar sua própria *performance* à luz de seus objetivos, quanto modificar suas ferramentas e estratégias de acordo com os resultados obtidos." BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit*., p. 21. Tradução livre.

[308] Sobre os desafios relacionados ao surgimento de novas tecnologias e serviços *vis à vis* a regulação estatal, especialmente na seara dos serviços públicos, v. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras. Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Véras; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 17-48.

[309] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit*., p. 22-25.

surgimento de novas tecnologias e de novos atores em determinado segmento, da modificação da política pública mais ampla para o setor, dentre outros).

Segundo Robert Baldwin e Julia Black, a falta dessa abertura às mudanças seria uma das grandes deficiências do modelo de pirâmides sancionatórias e regulatórias. A pirâmide, afirmam eles, sinaliza à indústria que o Poder Público poderá adotar estratégias progressivamente mais severas, que vão da autorregulação à imposição de sanções incapacitantes. Mas o modelo não explica nem como detectar a necessidade do uso da resposta mais severa, nem como essa escalada punitiva deva ser manejada em um mundo em constantes mudanças.

4.3.3 Análise combinatória entre etapas e fatores relevantes.

Na sequência da exposição acima, Robert Baldwin e Julia Black propõem uma análise com viés mais empírico e experimental, voltada a demonstrar como a regulação realmente responsiva pode ser aplicada em uma etapa específica do ciclo regulatório – a do *enforcement* (fiscalização e punição).[310] Para esse exame, eles explicam que a referida etapa deve ser decomposta em cinco diferentes tarefas, consistentes no: *(i)* mapeamento: detecção de comportamentos não desejáveis ou em desconformidade com a regulação; *(ii)* criação: desenvolvimento de estratégias e ferramentas voltadas a endereçar esses comportamentos; *(iii)* aplicação: aplicação efetiva desse ferramental; *(iv)* avaliação: avaliação do desempenho desses instrumentos; e *(v)* ajustes: implementação dos ajustes necessários.

Segundo os autores, uma abordagem realmente responsiva da regulação pode ser obtida a partir de uma espécie de análise combinatória: deve-se considerar cada uma das tarefas acima identificadas (mapeamento, criação, aplicação, avaliação e ajustes) à luz de cada um dos cinco fatores apresentados na primeira parte do trabalho (*i.e.*: perfil atitudinal dos agentes regulados; ambiente institucional mais amplo; interação entre as lógicas das diferentes ferramentas regulatórias; sensibilidade à *performance*; e abertura às mudanças).

Por exemplo: no caso da regulação da pesca na Inglaterra, os desafios associados à etapa da detecção passam, inicialmente, pelo reconhecimento de que o regulador, nesse campo, tem diante de si um conjunto de obstáculos para identificar comportamentos reprováveis. Isso decorre da extensão das áreas abarcadas pela regulação; da excessiva mobilidade dos pescadores e da pluralidade de pontos de desembarque; da multiplicidade de

[310] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit*., p. 25-44.

instituições governamentais com competências superpostas; do volume de recursos demandados para a realização de inspeções em alto mar; e da pluralidade de meios passíveis de serem utilizados pelos agentes regulados como forma de evasão da regulação, a exemplo de estratégias para ocultação de capturas ilegais.

Diante desse cenário, o controle do cumprimento da regulação – baseada, na Inglaterra, na estipulação de cotas de pesca para os agentes regulados – depende, em grande medida, das informações prestadas pelos próprios pescadores quanto às suas apreensões. Por isso, são frequentes informações equivocadas ou insuficientes. Conforme pesquisa realizada,[311] também se identificou que o regulador não disporia de meios para avaliar o quantitativo de infrações "fora do radar" (isto é, não passíveis de detecção). Outro problema estaria na falta de clareza quanto às finalidades regulatórias, o que dificultaria a identificação pelos fiscais das prioridades e objetivos a serem perseguidos.[312]

Como o regulador deve responder a tais desafios? Baldwin e Black definem algumas orientações. Em primeiro lugar, é preciso delimitar de maneira clara quais são os objetivos regulatórios em mira, para, em seguida, fragmentá-los em objetivos subsidiários. Isso permitirá que metas factíveis sejam fixadas e que, com base nelas, os problemas sejam realmente identificados.

Ademais, nessa atividade – de delimitação e desagregação de objetivos –, o regulador deve estar atento aos ambientes institucionais interno e externo que o pressionam (a exemplo de pressões e contestações políticas dos regulados e da sociedade em geral), sob pena de fracassar na correta identificação do tipo de comportamento desviante que precisa combater. Ele também deve ser responsivo às mudanças nas prioridades regulatórias (como a dados quanto às espécies de peixes com maior ou menor risco de extinção) e a eventuais novos riscos que ameacem o alcance dos objetivos pretendidos (como o desenvolvimento de novas tecnologias).

Em segundo lugar, o regulador deve preocupar-se não apenas com a identificação das infrações, mas também com a detecção de comportamentos não abarcados pelo escopo da regulação ("*off the screen*" ou "*invisible black market activity*"), mas capazes de frustrar o alcance dos objetivos de interesse público. E mais: o regulador deve avaliar em que medida as exigências regulatórias são suficientes e adequadas para conduzir ao alcance das finalidades

[311] Pesquisa realizada nos anos de 2002-2003 pelo *National Audit Office* (NAO), *Fisheries Enforcement in England* HC 563 Session 2002-3 (April 2003).

[312] Os autores enfatizam que essa falta de clareza é um obstáculo para de avaliar a conformidade ou não do comportamento do agente regulado. Ela pode decorrer das incertezas inerentes ao marco regulatório, mas também de divergências de entendimento entre o Poder Judiciário e a Administração Pública. BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit.*, p. 28.

almejadas. Diante do dinamismo do mundo atual, é fundamental que o regulador esteja atento a essas possíveis lacunas. Para Robert Baldwin e Julia Black, aliás, essa é uma preocupação que não é devidamente considerada no programa da regulação responsiva de Ayres e Braithwaite. Lá, o modelo piramidal tenderia a enfatizar a necessidade de se assegurar o cumprimento da regulação, mas sem questionar em que medida tal cumprimento assegura a realização dos fins regulatórios.

Em contraste, a regulação realmente responsiva buscaria abordar tais questões e desenvolver meios de avaliar até que ponto o processo de detecção é confiável. Tal avaliação performática, de sua vez, permitiria saber se os dados existentes quanto ao cumprimento da regulação são confiáveis e, a partir deles, avaliar eventual correção de rumo (como parte da defendida responsividade a mudanças).

Indo além, os autores afirmam que a atividade de detecção precisa considerar, também, o perfil atitudinal dos agentes regulados (*i.e.*, de que forma esse perfil interfere com a identificação das condutas reprováveis), especialmente quando e onde exista tensão entre a atitude dos reguladores e a dos agentes regulados. No caso da atividade de pesca, *e.g.*, a pesquisa considerada pelos autores identificou que a regulação estimularia os pescadores a despejar parte da pesca (peixes já mortos) no mar para cumprir a política de cotas, o que, para ele, implicaria agir de uma maneira considerada não-natural. Esse aspecto da regulação, então, impediria o cumprimento voluntário e incentivaria o descarregamento não declarado da pesca acima da cota. E isso, de sua vez, comprometeria o regime como um todo – desde a detecção das infrações, passando por sua repreensão e identificação de eventuais ajustes necessários na regulação.

Em suma, concluem os autores, as dificuldades em torno da etapa da detecção são consideráveis, mas precisam ser enfrentadas se a regulação pretende atingir seus objetivos. Aliás, isso seria pré-requisito para a aplicação de uma estratégia como a *tit-for-tat*. Afinal, se os comportamentos desviantes não puderem ser corretamente identificados, sequer há como combatê-los – seja com o uso da estratégia TFT ou de qualquer outra.

Em seu trabalho, Robert Baldwin e Julia Black ainda avançam para tratar especificamente das demais etapas executivas da atividade regulatória– a saber: o desenvolvimento das ferramentas adequadas, a sua efetiva aplicação, a avaliação dos resultados e a implementação das modificações necessárias. Ao fazê-lo, persistem na abordagem que toma em consideração as reais condições institucionais do regulador e as dificuldades que se lhe colocam.

Por exemplo: na etapa do desenvolvimento de novas ferramentas e estratégias regulatórias, o regulador se vê usualmente constrangido por uma série de fatores, incluindo as pressões e obstáculos institucionais. É possível que para tanto haja a necessidade da edição de novas leis; que o objetivo esbarre na exacerbada fragmentação de competências regulatórias entre órgãos existentes; ou que a carência de recursos impeça, inclusive, que o regulador identifique a necessidade das novas "armas". São todos desafios a serem considerados.

Além deles, os autores enfatizam que, nessa etapa, é preciso atentar para as diferentes lógicas e efeitos das ferramentas utilizadas, bem como para o padrão atitudinal dos regulados quanto à regulação – abordagem que, segundo afirmam, suplementa a da regulação responsiva. Nesse sentido, a definição de um esquema piramidal organizado segundo o grau de severidade das medidas pode esbarrar no fato de que, na prática, tais medidas, quando aplicadas, tendem a gerar impactos diferentes para os diferentes agentes regulados. Assim, para algumas empresas, a publicação de informações depreciativas pode soar-lhes irrelevante; para outras, isso pode ser mais grave do que a imposição de uma multa. É nesse sentido que a regulação realmente responsiva:

> (...) provê uma base para se analisar a melhor forma de aplicar a abordagem piramidal quanto à aplicação da regulação, para se avaliar como a abordagem responsiva e outras podem ser combinadas, e para se ponderar sobre a necessidade de se alterarem as lógicas da regulação – para migrar, por exemplo, da punição para outros modos de influenciar o regulado, como incentivos positivos ou mecanismos baseados no mercado. Aqui reside uma outra diferença entre a regulação responsiva e a regulação realmente responsiva – a primeira tende a focar nos melhores meios de se efetivar determinado conjunto de regras regulatórias ou políticas públicas, enquanto a segunda é enfática em favor da sensibilidade aos resultados (*performance*) e fornece base para avaliação da necessidade de se alterar radicalmente a política regulatória.[313]

Já na etapa da avaliação dos resultados ("*assessment*"), os autores apontam, *e.g.*, que a falta de objetivos e parâmetros claros é um obstáculo relevante. Citam, nesse sentido, ainda no que tange ao campo da pesca, as dificuldades advindas do fato de que, na União Europeia, não há um consenso sobre o que constitua uma infração grave. Ademais, mesmo dentro da Inglaterra, inspetores de diferentes distritos não reportariam de modo homogêneo as infrações detectadas. Por conseguinte, para o órgão centralizador da regulação,[314] não seria possível avaliar se cada distrito dispensava tratamento adequado às infrações, nem construir um panorama da natureza e da frequência das infrações, com vista a orientar a aplicação da

[313] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit*., p. 35. Tradução livre.

[314] Os autores se referem ao UK Department for Environment, Food and Rural Affairs (DEFRA).

regulação. A proposta da regulação realmente responsiva volta-se, justamente, à identificação dessas questões centrais que têm que ser consideradas para que o processo avaliativo se prove valoroso.

No que tange à modificação das ferramentas e estratégias existentes com vista ao ajuste das respostas regulatórias, os autores enfatizam a importância de, também aqui, pensar-se "fora da caixa". Mais do que analisar se são necessárias novas medidas no contexto de um plano regulatório já definido, é preciso avaliar eventual ruptura e mudança de paradigma, mediante a adoção de uma nova estratégia regulatória ou conjunto de estratégias – *e.g.,* a migração de um modelo centrado em estratégias de comando e controle para um estilo oposto, como um esquema centrado na orientação e treinamento pela própria indústria.[315] Nesse sentido, a regulação realmente responsiva demanda atenção contínua às necessidades de modificação e ao desenvolvimento de sistemas informativos e de avaliação que estabeleçam uma base sólida para essas decisões de ruptura.[316]

Em um panorama bastante amplo, a proposta dos autores pode ser esquematizada no seguinte quadro:[317]

	Detecção	**Ferramentas**	**Fiscalização e Aplicação**	**Avaliação**	**Alterações**
Resposta dos agentes regulados à regulação	Os objetivos regulatórios são claros? Os agentes regulados fornecem dados precisos sobre as suas atividades? Os processos de detecção revelam a extensão das atividades não desejáveis em desacordo com a regulação?	O regulador tem as ferramentas adequadas para lidar com os diversos padrões de resposta dos regulados à regulação?	Os objetivos regulatórios são claros? As estratégias de aplicação da regulação consideram as atividades "*off screen*"? As estratégias foram direcionados de maneira ótima?	Os objetivos regulatórios são claros? Os dados colhidos acerca da conformação dos agentes regulados à regulação podem ser mensurados e relacionados aos objetivos almejados?	Se os objetivos a serem alcançados demandam novas ferramentas e estratégias, há alterações que possam ser implementadas nesse sentido?

[315] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit.*, p. 39.

[316] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit.*, p. 40.

[317] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit.*, p. 26-27. Tabela 01. "A really responsive enforcement framework: key questions".

Perfil atitudinal	É possível detectar ideias, tradições e culturas – na população regulada ou no corpo regulatório – que impactem a atividade de detecção?	As ideias, tradições e culturas afetam o uso potencial de certas ferramentas?	As ideias, tradições e culturas afetam o uso potencial de certas estratégias?	A atividade de avaliação é prejudicada por ideias, tradições e culturas que, *e.g.*, possam interferir no envio de informações pelos agentes regulados?	As práticas culturais vigentes são passíveis de e estão abertas a modificações quando necessário? Existe consciência da necessidade de alteração das ferramentas na cultura de formulação de políticas?
Lógica das diferentes ferramentas e estratégias	As diferentes ferramentas e estratégias operam de forma harmônica para facilitar a detecção?	As ferramentas são consistentes ou se encontram em tensão?	As estratégias são consistentes ou se encontram em tensão? As combinações positivas de estratégias são exploradas? As fragilidades das estratégias são consideradas?	Os vários procedimentos de avaliação operam de forma consistente?	Quando modificações são implementadas, a interação entre as lógicas das diferentes ferramentas e estratégias é levada em consideração?
Desempenho do regime regulatório	Os objetivos regulatórios são claros? O regulador está seguro quanto à precisão de seu sistema de detecção?	O sistema permite que o desempenho de ferramentas em particular seja mensurado?	Os objetivos regulatórios são claros? O sistema permite que o desempenho de estratégias em particular seja mensurado? A necessidade de alteração das estratégias pode ser detectada?	Os objetivos regulatórios são claros? Os métodos de avaliação mantêm relação estreita com os objetivos?	As alterações se baseiam em evidências extraídas dos processos avaliativos?
Mudança	Os objetivos regulatórios são claros? O regime de	Novas ferramentas podem ser instituídas?	As estratégias podem ser ajustadas para lidar com novos riscos e	Os métodos de avaliação podem ser ajustados para lidar com	Modificações podem ser introduzidas com a rapidez necessária para

	detecção é sensível às mudanças nos objetivos regulatórios, arranjos operacionais, distribuição de recursos e resposta dos regulados?		novos criadores de riscos?	novos riscos, criadores de riscos, objetivos regulatórios etc.?	lidar com novos riscos, objetivos regulatórios etc.?

4.4 **A regulação baseada em riscos.**

Nos itens acima, foram apresentados os modelos de regulação responsiva e de regulação realmente responsiva. Cada um deles chama a atenção para aspectos diferentes a serem considerados com vista a que a sanção, como técnica regulatória, seja efetiva e eficiente. Isto é, que ela de fato proporcione os resultados esperados pela regulação mediante o uso racional dos recursos disponíveis. Mas esses modelos não são únicos nem isentos de críticas.

Viu-se que Robert Baldwin e Julia Black dirigiram importantes questionamentos ao programa de Ayres e Braithwaite, propondo um modelo mais sofisticado que leve a sérios as dificuldades e limitações das entidades reguladoras, bem como um roteiro de procedimentos a serem permanentemente testados antes da definição de estratégias e durante a sua implementação. Essa é uma proposta, contudo, que também dá margem a objeções.

Sem descurar da importância dos problemas por ela identificados, fato é que o modelo é por demais complexo. E nisso corre o risco de ser pouco efetivo, já que são tantos e tão variados os testes sugeridos que, na prática, torna-se difícil vislumbrar como poderiam ser integralmente implementados. Nesse ponto, aliás, há certa contradição na proposta. É que o seu ensejo foi justamente trazer à realidade o modelo de Ayres e Braithwaite, despertando a atenção para vicissitudes institucionais dos órgãos e entidades incumbidos de fiscalizar e para as diferentes lógicas por trás das ferramentas coercitivas. A despeito disso, a solução engendrada como realmente responsiva reúne uma gama tão diversificada de elementos que ela própria se torna pouco factível.

São fragilidades como essas que alimentam, então, um debate dinâmico e fértil em torno da construção de novas soluções teóricas. É natural e esperado que surjam modelos alternativos, mais ou menos inspirados nas características das propostas anteriores e mais ou menos atentos às suas vulnerabilidades. Um deles procura construir a regulação com base na identificação de riscos: a chamada "*risk based regulation*", analisada a seguir.

4.4.1 O Relatório Hampton.

A regulação baseada em riscos ganhou destaque em 2005, na Inglaterra, a partir da divulgação oficial do Relatório Hampton, intitulado "*Reducing administrative burdens – effective inspection and enforcement*".[318] O estudo foi encomendado em 2004 pelo Governo inglês a Philip Hampton, um alto executivo britânico, com o objetivo de reduzir os custos regulatórios[319] naquele país (especialmente em termos de tempo e dinheiro), associados às atividades de inspeção, fiscalização e implementação da regulação.

O Relatório parte da premissa de que essas são atividades que, no mínimo, podem afetar e onerar as empresas tanto quanto a política pública regulatória propriamente dita (definida na lei).[320] Um aparato fiscalizatório e sancionatório precisa ser efetivo e eficiente, no sentido de distribuir sanções apropriadas e razoáveis sob a ótica de custos. Isso estimula a maior adesão dos agentes privados ao cumprimento das normas. Já medidas inflexíveis e ineficientes sobrecarregam desnecessariamente os particulares, a ponto de comprometer e mesmo inviabilizar o alcance dos benefícios esperados com a regulação.[321]

Para traçar suas recomendações, Philip Hampton partiu da detecção de problemas. Ele apurou que, ao ver do empresariado, a regulação se revelaria custosa demais, sobretudo em razão do excesso de inspeções, das exigências múltiplas e superpostas de fornecimento de dados e preenchimento de formulários, bem como diante de práticas e da tomada de decisões inconsistentes entre os reguladores. Outros problemas seriam: o uso irregular da avaliação de riscos na definição de estratégicas de "*enforcement*"; a subutilização de técnicas não cogentes de aconselhamento e orientação ("*advices*"); a falta de ferramentas efetivas para a punição de

---

[318] HAMPTON, Philip. Reducing administrative burdens – effective inspection and enforcement. Londres: The Hampton Review, mar., 2005Disponível em: <https://goo.gl/uN8GAc>. Acesso em: 20 maio 2017. Em tradução livre: "Reduzindo os encargos administrativos – inspeções e fiscalizações efetivas".

[319] Em seu estudo, Hampton diferencia *administrative costs* de *policy costs*. Segundo o autor, *policy costs* são aqueles inerentes ao alcance dos objetivos regulatórios, como instalar um novo filtro nas chaminés das fábricas ou adotar novas tecnologias de segurança para a operação de ferrovias. Já os *administrative costs* relacionam-se à coleta de informações acerca das atividades reguladas e à sua fiscalização, como no caso de inspeções e requerimentos de dados às empresas. V. HAMPTON, Philip. *Op. cit.*, p. 11.

[320] Trata-se, portanto, de uma visão holística que vai ao encontro daquela defendida na tese, voltada a situar a atividade sancionatória como parte do ciclo da regulação, e não mera consequência de um ato ilícito. Realmente, se o sucesso da regulação passa por sua efetiva aptidão para criar os incentivos corretos, as sanções – assim como as demais respostas não-sancionatórias – são peças fundamentais. Daí a recomendação de Hampton de que o Poder Público, já no momento da concepção de novos marcos regulatórios e políticas públicas, preocupe-se com a construção de estratégias de *enforcement* realmente eficientes e viáveis: "(...) quando novas regras regulatórias forem elaboradas, as autoridades administrativas deverão elaborar planos para garantir que a fiscalização de sua aplicação seja tão eficiente quanto possível, e que siga os princípios descritos neste relatório". HAMPTON, Philip. *Op. cit*., p. 2. Além disso: "(…) toda avaliação de impacto regulatório deve incluir, além da implementação de custos regulatórios, uma avaliação da viabilidade prática da sua execução". HAMPTON, Philip. *Op. cit*., p. 9. Tradução livre.

[321] HAMPTON, Philip. *Op. cit*., p. 1. Tradução livre.

infratores persistentes, bem como para o incentivo ao comportamento cooperativo dos particulares; a existência de estruturas regulatórias demasiadamente complexas e burocráticas. Tudo a desestimular a maior adequação do comportamento dos agentes regulados.[322]

A partir desse quadro, o executivo produziu um conjunto de orientações cujo eixo central se volta à necessidade de avaliação de riscos ("*risk assessment*"). A ideia é que o aparato regulatório defina alvos. Já que fiscalizar e punir são atividades caras, é preciso selecionar prioridades. Por isso, os recursos disponíveis devem ser distribuídos com racionalidade, conforme a natureza dos riscos criados diante dos objetivos regulatórios almejados. Isso implicar considerar a maior ou menor propensão de o agente descumprir a regulação (risco de descumprimento), bem como a estimativa dos efeitos das possíveis infração (avaliação de impacto).

É ainda fundamental que exista clareza e transparência. O processo de definição dos riscos pelo poder público não pode ocorrer de forma obscura e unilateral, mas estar assentado em bases inteligíveis e acessíveis. Especificamente, é preciso que esses processos: estejam abertos ao escrutínio público; reflitam um adequado balanceamento entre a *performance* regulatória passada e os potenciais riscos futuros; baseiem-se em todos os dados e informações de boa qualidade disponíveis; sejam implementados de maneira uniforme e imparcial; sejam transmitidos por formas simples, preferencialmente com o uso de recursos matemáticos; revelem-se dinâmicos, e jamais estáticos; sejam devidamente considerados em processos decisórios que envolvam a destinação de recursos públicos; incorporem efeitos dissuasivos; e sempre incluam um percentual mínimo de inspeções aleatórias.[323]

Uma avaliação nesses termos, portanto, permitirá que os diferentes riscos criados pelos particulares sejam devidamente classificados, com vista à seleção de prioridades e ao direcionamento de recursos e esforços.[324] É sob essa ótica que a *risk based regulation* difere do modelo de regulação responsiva. Lá, a estratégia de pirâmides sancionatórias e regulatórias, embora sensível às peculiaridades de cada setor econômico, aplica-se indistintamente à totalidade dos agentes regulados, com maior ou menor intensidade de

---

[322] HAMPTON, Philip. *Op. cit*., p. 3-4.

[323] HAMPTON, Philip. *Op. cit.*, p. 115. É sua recomendação de nº 1.

[324] "A avaliação de riscos é método essencial para direcionar os recursos disponíveis da atividade de regulação para onde possam produzir resultados de máximo impacto. Valer-se de avaliações de risco faz com que os reguladores tenham verdadeira noção da natureza do mercado regulado e de todos os fatores externos que afetam o risco que um ente regulado cria para os resultados da regulação. Com base nessas informações, reguladores podem direcionar seus recursos para áreas em que podem ser mais bem aproveitados. Assim, podem suspender a realização de inspeções desnecessárias, bem como exigir menos dados de regulados que apresentem riscos mais baixos, identificar empresas que demandem mais inspeções, e usar recursos para melhorar os serviços de aconselhamento e orientação". HAMPTON, Philip. *Op. cit*., p. 4. Tradução livre.

acordo com as suas motivações. Já a proposta de Hampton é por sua natureza seletiva, pois preconiza o disparo de armas segundo os diferentes tipos de riscos criados pelos agentes do setor.

Consta ainda do Relatório a preocupação de que técnicas reativas sejam combinadas a medidas proativas. De um lado, quando o agente público é reativo e responde instado por denúncias, ele alimenta a percepção geral de que é responsivo aos reclames públicos e zeloso diante de seus deveres legais. Fiscalizar e sancionar nesses casos, com vista à dissuasão dos infratores, são fundamentais para manter a base de legitimidade do regulador. Mas a atuação apenas *a posteriori* pode dar margem a irracionalidades. Recursos podem ser gastos na verificação de denúncias aleatórias e de menor relevância, sem que a devida atenção seja dada aos maiores e mais relevantes riscos. Daí a necessidade, apontada no Relatório, de que a atividade fiscalizatória se revista de escopo mais amplo, para abarcar também medidas proativas, que considerem a propensão e a magnitude dos riscos.[325]

4.4.2 O Relatório Macrory.

Em setembro de 2005, para assegurar que os esquemas sancionatórios na Inglaterra se ajustassem de maneira consistente à abordagem sugerida por Hampton, o Governo inglês encomendou a elaboração de um novo estudo.[326] Na oportunidade, a tarefa foi cometida ao advogado e professor de direito ambiental Richard B. Macrory, que concluiu seu relatório – "*Regulatory Justice: making sanctions effective*" – em novembro de 2006.[327]

Tal como Hampton, Macrory parte da premissa de que os reguladores precisam ser efetivamente capazes de aplicar, em cada caso, sanções apropriadas. Quando insuficientes, inconsistentes, excessivas, inócuas ou excessivamente custosas, tais medidas se convertem em um desserviço à regulação. Além de desestimularem a conformidade da conduta dos agentes

---

[325] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit*., p. 13

[326] "Este estudo recomenda que o *Better Regulation Executive* [uma nova entidade de supervisão a ser criada, cf. capítulo Capítulo 4, item 4.120 do Relatório] deve empreender ampla revisão dos regimes de sanções à disposição dos reguladores, com a finalidade de torná-los mais coerentes. Sanções administrativas devem ser incluídas como ferramentas a mais para todos os reguladores, assegurado o direito de recurso a juízes, a menos que mecanismos de acesso a cortes ou órgãos semelhantes já existam. Nessa revisão, poderes sancionatórios devem ser atribuídos de modo que os ofensores possam ser privados de todo o benefício econômico obtido com atividade ilícita levada a cabo mesmo por largo lapso temporal". HAMPTON, Philip. *Op. cit*., p. 116. Tradução livre.

[327] MACRORY, Richard B. *Regulatory Justice*: making sanctions effective. [S.l.: s.n.]. 2006. Disponível em: <https://goo.gl/9M69Qt>. Acesso em: 20 de maio de 2017. Em tradução livre: "Justiça Regulatória: para tornar efetivas as sanções".

regulados, elas comprometem a credibilidade do sistema regulatório como um todo, pela descrença generalizada de que, *e.g.*, pequenas faltas serão tratadas como tal e vice-versa.

Baseado em evidências, o professor constatou que muitos reguladores na Inglaterra se revelavam fortemente dependentes de uma única resposta – notadamente, a persecução criminal –, como principal sanção dirigida aos regulados. Eles não acreditariam no potencial dissuasório de outras medidas, nem teriam à sua disposição uma variedade de armas mais brandas. O problema é que a pena não é capaz de gerar os incentivos adequados em todo e qualquer caso, além de constituir uma resposta extremamente custosa.[328] A esse respeito, apesar de Macrory reconhecer que reformas regulatórias teriam propiciado avanços no país, ele concluiu que se teria feito pouco para aprimorar e diversificar o cardápio de ferramentas sancionatórias. O sintoma seria a caracterização do que ele chamou de um "*compliance deficit*".[329]

Daí a necessidade de um arsenal sancionatório mais amplo, flexível e proporcional, capaz de não apenas viabilizar a realização mais adequada da abordagem de riscos defendida por Hampton, mas criar um ambiente de mercado competitivo para empresas reguladas adimplentes.[330] A ideia é de um ferramental mais diversificado que, sem prejuízo de contemplar as sanções[331] – inclusive as criminais –,[332] ponha foco renovado em ferramentas

---

[328] "Depender muito de sanções criminais leva à negligência total sobre alguns descumprimentos. Afinal, aplicar sanções criminais é custoso e demorado tanto para os regulados quanto para os reguladores. Em muitos casos, embora a violação tenha ocorrido, o alto custo de promover a persecução criminal impede que reguladores se valham de seus limitados recursos para tomar qualquer iniciativa". MACRORY, Richard B. *Op. cit.*, p. 16. Tradução livre.

[329] "Eu acredito que em muitos setores do Reino Unido o nível de cumprimento das normas regulatórias seja elevado. Entretanto, pode ser frustrante tanto para reguladores quanto para as empresas o fato de a violação da norma regulatória não gerar qualquer consequência em razão de o regulador não contar com um mecanismo apropriado para promover o cumprimento. Esse problema cria o que é conhecido como um 'déficit de cumprimento': quando o descumprimento da norma existe e é identificado, mas nenhuma atividade de aplicação é iniciada porque a autoridade reguladora não dispõe da ferramenta adequada". MACRORY, Richard B. *Op. cit.*, p. 24. Tradução livre.

[330] "As reformas que o estudo propõe foram pensadas para atribuir coerência ao conjunto de ferramentas sancionatórias em todo o sistema, refletindo assim a abordagem do risco regulatório e uma proposta mais ampla de reforma da regulação. As propostas conferirão aos reguladores e ao mercado uma maior flexibilidade, ao passo em que garantirão que os resultados da regulação, tais como um mais alto nível de cumprimento das normas, não sejam prejudicados, (...). Essas opções também beneficiam o mercado, porque fornecem um sistema transparente com sanções apropriadas ao objetivo de fazer com que empresas reguladas voltem a cumprir as normas, assegurar o futuro cumprimento, propiciar um ambiente de competição equilibrado para as empresas e permitir aos reguladores sancionar de maneira mais eficaz aqueles que violem as normas regulatórias". MACRORY, Richard B. *Op. cit.*, p. 5. Tradução livre.

[331] "Eu concordo, como consta do relatório Hampton, que orientação e incentivos devem ter papel central na garantia do cumprimento das normas regulatórias, e normalmente devem ser a primeira resposta dos reguladores. Entretanto, um regime sancionatório eficaz tem papel igualmente vital em um sistema regulatório bem sucedido. A sanção reforça a função de orientação do regulador, e sua mera existência frequentemente agirá como fator indutor do cumprimento da norma mesmo sem a necessidade de aplicação da sanção formal. Onde ocorrer a violação da norma regulatória, sanções podem garantir que as empresas que diminuíram seus custos operacionais

de outra ordem, mais suaves, educativas e preventivas. De todo modo, essa ampliação dos poderes sancionatórios da Administração Pública deve vir acompanhada de instrumentos adequados de controle. Medidas que assegurem a responsabilização e a transparência dos entes reguladores, como consequência necessária de um alargamento de competências até então não exercidas por essas autoridades.[333]

Vale pontuar que Richard Macrory, embora se mantenha fiel à abordagem de riscos defendida por Hampton, agrega à sua análise outras preocupações, como os elementos motivacionais destacados por Ian Ayres e John Braithwaite. É nessa linha a recomendação de que os esquemas sancionatórios baseados em riscos também permitam ao regulador lidar de forma apropriada com cada tipo de ofensor, à luz das diferentes razões por trás do descumprimento das normas.[334]

Outro ponto a destacar no Relatório são os princípios enumerados pelo jurista para se definir a sanção apropriada.[335] Segundo ele, a penalidade deve: ter por fim alterar o comportamento do agente violador; eliminar qualquer ganho financeiro ou benefício obtido com o descumprimento das regras; ser responsiva e considerar o que é apropriado para o violador e para o segmento regulado, o que pode incluir a punição e o estigma público associados a uma condenação criminal; ser proporcional à natureza da violação e ao dano causado; buscar recompor o dano causado pela violação da regra regulatória; buscar evitar a futura violação da regra regulatória.

---

violando regras não percebam vantagens injustas em face de empresas que cumpriram as regras em sua totalidade". MACRORY, Richard B. *Op. cit.*, p. 15. Tradução livre.

[332] Além dos altos custos, Macrory reconhece que as sanções criminais seriam hoje menos efetivas pelo fato de as condenações não mais carregarem, como outrora, o estigma público, tendo sido incorporadas como parte dos custos e riscos de determinadas atividades econômicas. Ademais, o processo criminal não levaria em consideração a reparação do dano provocado e as necessidades das vítimas. De toda forma, ele admite que a pena continua a exercer um papel, nos seguintes termos: "(...) o uso de sanções criminais continuaria adequado para casos de violações graves em que se provasse a intenção, a negligência ou a repetição do descumprimento. Reguladores podem decidir, como parte de sua discricionariedade, que a persecução criminal é justificada quando houver indícios de que a grave negligência e/ou os danos efetivos ou as potenciais consequências da violação são tão sérias (quanto uma morte ou uma lesão grave), que o interesse público exige uma sanção penal". MACRORY, Richard B. *Op. cit.*, p. 38. Tradução livre.

[333] MACRORY, Richard B. *Op. cit.*, p. 86.

[334] "O estudo considerou também as maiores motivações para o descumprimento das regras regulatórias, e eu recomendei que opções adequadas de sanções deveriam estar disponíveis para o regulador, de modo que possa lidar de forma apropriada com cada tipo de ofensor, incluindo considerações sobre o aspecto de desonestidade presente em determinados mercados". MACRORY, Richard B. *Op. cit.*, p. 8. Tradução livre.

[335] "Os princípios que proponho têm como maior propósito explicitar a lógica que perpassa minha análise e minhas recomendações detalhadas. Eles ajudarão a construir uma base de conhecimento acerca do que um regime sancionatório deva realizar entre reguladores e a comunidade regulada, e por sua vez servirá como molde para reguladores ao considerarem qual espécie de sanção aplicar ou qual ação regulatória tomar. Isso assegurará que as novas sanções sejam utilizadas de forma justa e consistente. Isso é especialmente importante durante a fase de transição, enquanto minhas recomendações serão introduzidas e reguladores desenvolverão capacidade e conhecimento acerca de um conjunto de ferramentas novo e mais amplo". MACRORY, Richard B. *Op. cit.*, p. 27. Tradução livre.

Macrory sustenta, ainda, que reguladores devem:[336] publicar uma política de fiscalização e aplicação da regulação ("*enforcement policy"*); mensurar e acompanhar os resultados (*outputs*) da ação regulatória, e não apenas as ações em si (*inputs*); justificar sua atuação anualmente perante a comunidade interessada, membros do Governo e do Parlamento; monitorar para dar continuidade a uma ação regulatória, quando adequado; prezar pela transparência em sua atuação, bem como no modo de determinar e aplicar sanções administrativas; e neutralizar incentivos perversos que poderiam influenciar a escolha da resposta sancionatória (como a aplicação de uma multa para aumentar a arrecadação de receitas, em desvio de finalidade).[337]

Ao fim, o próprio autor reconhece as dificuldades em torno da implementação desse conjunto de providências, cautelas e princípios por ele recomendados. Alguns casos demandariam alteração legislativa; outros, uma mudança mais profunda nas práticas e rotinas culturalmente enraizadas. Além disso, as reformas não poderiam ser introduzidas de modo unilateral, mas em colaboração com a indústria, com os corpos técnicos dos entes reguladores, com os órgãos orçamentários do Governo e com a comunidade em geral. De toda forma, Macrory é otimista: "*Eu acredito que a visão estabelecida neste estudo é viável e está em sintonia com o pensamento mais atual sobre regulação no Reino Unido e no exterior*".[338] Estava certo. As recomendações desses relatórios serviram de base para a publicação de atos normativos formais na Inglaterra, como será exposto no subitem a seguir.

4.4.3 Institucionalização da *risk-based regulation* na Inglaterra e algumas críticas.

Com base nos dois relatórios acima apontados, foi editado na Inglaterra o "*UK Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008*",[339] como parte de um programa mais amplo

[336] MACRORY, Richard B. *Op. cit.*, p. 88-89.

[337] Incentivos perversos, no caso, seriam aqueles que fariam o regulador atuar não com um propósito regulatório, mas arrecadatório. Veja-se: "Característica n° 7 – (...) Reguladores devem evitar incentivos perversos que possam influenciar a escolha da resposta sancionatória. Reguladores devem, por exemplo, evitar qualquer aumento de incentivos perversos ao determinarem os meios de avaliação e acompanhamento do trabalho dos funcionários. É importante que os reguladores não tenham metas para diferentes tipos de ações regulatórias, e que não seja prevista nenhuma correlação entre elas e bônus salariais ou qualquer incentivo similar. Isso poderia incentivar a equipe a empreender ações regulatórias de forma inapropriada. Em segundo lugar, apesar de já existir orientação governamental acerca da receita oriunda da aplicação de sanções administrativas, eu ressalto que os agentes reguladores não devem reter receita oriunda da aplicação de sanções pecuniárias, nem exercer controle sobre como tal verba deva ser despendida. (…)". MACRORY, Richard B. *Op. cit*., p. 33. Tradução livre.

[338] MACRORY, Richard B. *Op. cit*., p. 5. Tradução livre.

[339] Disponível em <https://goo.gl/zBUqzP>. Acesso em: 20 maio 2017.

de aperfeiçoamento da regulação.[340] O diploma está dividido em quatro partes, sendo que as duas primeiras tratam de medidas voltadas a proporcionar coordenação e consistência à regulação.

A parte I cuida, especificamente, da criação de uma entidade regulatória independente, o "*Local Better Regulation Office*" (LBRO), voltada a orientar as autoridades regulatórias locais e promover maior coordenação entre elas e o governo central.[341] A parte II busca aumentar a coordenação e a consistência quanto à atuação das autoridades locais mediante a criação de um "*Primary Authority scheme*". O modelo permite que as empresas com operação em áreas sujeitas a mais de uma autoridade local elejam uma delas como autoridade primária para fins regulatórios.[342] Já a parte IV impõe aos reguladores o dever de avaliação permanente de suas atividades, com vista a revisá-las e assim eliminar ônus e custos desnecessários.

É a parte III, de sua vez, que se volta mais diretamente à atividade sancionatória. Ela prevê um arsenal mais amplo e flexível de sanções não-criminais alternativas, fixadas para que o regulador as maneje de forma proporcional e efetiva, à luz das diferentes hipóteses de descumprimento.[343] Ali foram previstas *(i)* penalidades monetárias em valores fixos e *(ii)* requerimentos discricionários, que permitem ao regulador impor ao agente regulado uma ou mais dentre as seguintes medidas: multa em valor variável, a ser definido pela autoridade regulatória;[344] a fixação de exigências específicas por certo período de tempo, mediante notificação, para assegurar que uma ofensa não se perpetue ou não volte a ocorrer ("*compliance notice*"); e a fixação de exigências específicas por certo período de tempo,

---

[340] Em complemento a esse ato, o Governo inglês, por meio de seu *Department for Business Enterprise & Regulatory Reform*, editou um guia sobre a aplicação do *UK Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008*. [S.l.: s.n., 20--]. Disponível em: <https://goo.gl/f3ZjR>. Acesso em: 21 out. 2017.

[341] Na verdade, o LBRO fora instituído em 2007 como uma empresa estatal. Por meio do ato de 2008, ele foi "recriado" sob o formato de uma entidade regulatória autônoma (uma "statutory corporation"), com um conselho diretor independente composto de um presidente e sete outros membros. Cf. o guia do *Department for Business Enterprise & Regulatory Reform. Op. cit*. p. 9.

[342] V. o guia do *Department for Business Enterprise & Regulatory Reform*. *Op. cit*., p. 18-25.

[343] "Tais sanções devem ser flexíveis o suficiente para refletir as necessidades regulatórias das empresas que costumam respeitar a regulação, bem como para garantir que quando as empresas tiverem diminuído seus custos operacionais por meio da violação da norma regulatória, não ganhem qualquer vantagem injusta em face dos competidores que adimpliram com suas obrigações regulatórias". Guia do *Department for Business Enterprise & Regulatory Reform*. *Op. cit*., p. 8. Tradução livre.

[344] A previsão de sanções pecuniárias a cargo da Administração com valor fixo e com valor variável consta do Relatório Macrory. Partindo da informação de que a média das multas aplicadas por magistrados são baixas em face do máximo aplicável, o jurista propôs que as sanções pecuniárias com valor fixo fossem aplicadas a violações menos graves (com a possibilidade de se aplicar um agravante para as empresas maiores, dotadas de maior capacidade de internalizar os custos), ao passo que as sanções com valor variável fossem aplicadas por autoridades mais experientes e de fora do quadro de agentes da fiscalização rotineira e de campo, após alguma investigação preliminar, levando em consideração circunstâncias agravantes e atenuantes de cada caso. Macrory, inclusive, opõe-se a que seja fixado um limite máximo para as sanções de natureza variável. MACRORY, Richard B. *Op. cit*., p. 48.

mediante notificação, para restabelecer, na medida do possível, o *status quo ante* ("*restoration notice*").

Além disso, o ato normativo contempla *(iii)* "*stop notices*", que consistem em notificações para que o regulado se abstenha de levar adiante certa atividade até que comprove ter adotado as providências para conformar-se à regulação;[345] e *(iv)* "*enforcement undertakings*",[346] semelhantes aos termos de ajustamento de conduta ("TACs") previstos na legislação brasileira.[347] Por intermédio deles, o agente regulado, diante de uma situação de dúvida razoável quanto ao descumprimento da regulação, compromete-se perante o regulador a adotar um conjunto de medidas corretivas estabelecidas no termo de compromisso.

Desse panorama geral, é preciso reconhecer que há méritos na proposta da *risk based regulation*. Chega a ser intuitivo que, se os recursos são escassos (em termos de tempo e dinheiro), é preciso selecionar onde e como serão investidos. E faz sentido pensar que grandes riscos devam ser priorizados. Mas há também várias críticas fundadas a essa abordagem. A começar pelas dificuldades inerentes à seleção dos riscos (e dos criadores de riscos) a serem combatidos. Como assegurar que os processos de escolha sejam realmente transparentes e se sujeitem a controles? Qual o grau de abertura exigível e possível?

---

[345] A valorização do instrumento das notificações também consta do Relatório Macrory (ali referidas como *Statutory Notices*). A ideia é que a Administração determine medidas específicas que o regulado deve adotar (fazer ou cessar) em prazo já assinalado. As repercussões dessas notificações devem ser acompanhadas de acordo com uma abordagem de risco e pautada em um elemento aleatório (porque acompanhar todas seria pouco eficiente quanto aos custos, cabendo avaliação por amostragem). Ademais, a reiteração da violação deve autorizar a aplicação de outras sanções administrativas, não sendo necessário que se considere crime o descumprimento da determinação administrativa contida na notificação. Eis alguns exemplos apresentados por Macrory: (i) notificações para melhoria, com exigência de mudanças nas práticas de trabalho e prazo assinado para promovê-las; (ii) notificações de proibição ou suspensão da atividade até que algum risco seja remediado, com o fim de evitar danos graves; (iii) notificações de reforço, quando se acredita haver violação da licença da atividade e o regulador delimita um tempo para o regulado se readeque. MACRORY, Richard B. *Op. cit*., p. 60.

[346] "[*Enforceable Undertakings*] poderão ser mais efetivas nos casos em que uma sanção pecuniária ou condenação penal puderem ser incorporadas pelo empreendimento com baixo impacto sobre seus hábitos ou sobre sua gerência. Elas também serão mais efetivas no sentido de assegurar uma mudança no comportamento da empresa regulada se comparada com cartas de advertência ou com outros meios de persuasão atualmente disponíveis para o regulador. Isso ocorre em razão do modo como uma *enforceable undertaking* é elaborada. Cartas de advertência e aconselhamento são impostos pelo regulador e especificam quais iniciativas devem ser tomadas pelo regulado. Entretanto, a empresa pode não 'comprar a ideia' das medidas determinadas. Por sua vez, quanto às *enforceable undertakings*, a empresa regulada é que requer sua aplicação e apresenta sua lista de condições, assumindo, assim, a solução regulatória apresentada. As condições dessa medida devem ser proporcionais à violação cometida, bem como depositar no regulado a responsabilidade pelo descumprimento". MACRORY, Richard B. *Op. cit*., 65. Tradução livre.

[347] No ordenamento jurídico brasileiro, há previsão genérica dos termos de ajustamento de conduta na Lei da Ação Civil Pública (cf. art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985, incluído pela Lei nº 8.078/1990) e na Lei nº 13.140/2015 (cf. art. 32, III), além de, especificamente, em alguns diplomas legais, a exemplo dos seguintes: (i) na Lei nº 12.529/2011, que prevê o compromisso de cessação de prática e o acordo em controle de concentrações, da competência do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE); (ii) na Circular SUSEP nº 547/2017, que prevê o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta – TCAC da competência da Superintendência de Seguros Privados; (iii) na Lei nº 9.656/1998, que prevê o termo de compromisso de ajuste de conduta da competência da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Mais ainda: selecionar riscos implica tolerar algum nível de risco, o que pode ensejar reações sociais e políticas. É verdade que, nas sociedades atuais, seria ingênuo acreditar que os modelos regulatórios pudessem endereçar todo tipo de risco. Algum grau de tolerância há de existir, quanto mais em razão da escassez de recursos. O ponto é que, no modelo baseado em riscos, o regulador deve expressamente identificar, nomear e justificar os riscos selecionados – e, por conseguinte, os tolerados. E isso pode ensejar una espécie de quebra de confiança da sociedade em geral em um modelo declaradamente parcial e seletivo, e não abrangente – ainda que pretensamente.[348]

O modelo também: *(i)* suscita questionamentos quanto à consistência e à isonomia no tratamento de agentes regulados e na proteção dos consumidores; *(ii)* tende a focar nos riscos conhecidos e familiares, o que dificulta a identificação de novos riscos; e *(iii)* tende a negligenciar riscos menores, que, se numerosos e esparsos, podem levar a danos significativos (o chamado efeito multiplicador ou cascata). Outra dificuldade é que o modelo usualmente foca na empresa individual, deixando de lado o desafio de incentivar a conformidade por parte da comunidade regulada como um todo.[349]

Some-se a isso que, ao direcionar o aparato punitivo para certos agentes regulados e sancioná-los com maior rigor, o modelo subestima a necessidade de se compreender por que esses agentes foram levados a descumprir a regulação e qual, por conseguinte, se afigura a melhor resposta do Estado diante desse diagnóstico. Ademais, a proposta pode se revelar excessivamente custosa e ineficiente do ponto de vista econômico se os custos para a redução dos maiores riscos selecionados forem muito altos. Mesmo porque:

> A forma eficaz de utilizar recursos limitados para reduzir riscos como um todo (...) é selecionar não os maiores riscos ou os maiores criadores de riscos, mas sim as atividades ou os criadores de riscos que apresentem a melhor perspectiva de redução de riscos a partir dos recursos disponíveis. A estratégia de seleção dos mais altos riscos ou dos problemas 'mais graves' frequentemente perderia em comparação com outras estratégias, no que tange a uma análise de custo e benefício.[350]

É verdade que, em seu Relatório, Macrory buscou endereçar parte desses problemas mediante recomendações como maior transparência, *accountability* e procedimentalização. De toda forma, isso não afasta a complexidade de um regime que se baseia na definição de riscos combinada à utilização flexível de um cardápio de sanções e de medidas não punitivas. Aliás, também preocupa a inexistência de recomendações mais concretas quanto à estrutura e

---

[348] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit*., p. 14

[349] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit*., p. 14

[350] BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Op. cit*., p. 14. Tradução livre.

ao desenho de instituições aptas a conduzir esse regime, especializar tarefas e definir prioridades, ponto bastante enfatizado, como se viu, pelo modelo da regulação realmente responsiva.

4.5 **Modelos teóricos e a realidade brasileira.**

4.5.1 Ao invés de um modelo ideal, é possível pensar em simplificações.

Cada uma das propostas teóricas apresentadas tem suas nuances. Ian Ayres e John Braithwaite tomam por foco o agente regulado. Robert Baldwin e Julia Black valorizam o regulador e o ambiente em que inserido. Hampton e Macrory produziram relatórios cujo foco é a seleção de riscos. A despeito disso, todas guardam um racional comum conectado aos elementos peculiares à sanção administrativa e sua específica vocação.

Realmente, os três modelos percebem a penalidade como instrumento a serviço de fins de interesse público cometidos ao Estado-Administrador. Uma medida de gestão que deve se integrar às atividades materiais a cargo do regulador a título de ferramenta a mais – ao lado de outras, como estratégias de fomento, persuasivas e preventivas – em busca de maior efetividade e eficiência. Isso exige que se avalie se a sanção administrativa é uma resposta correta no contexto específico em que inserida e se foi calibrada (em tese e em concreto) de modo apropriado. Se ela é capaz de produzir os incentivos necessários ao alcance das finalidades buscadas a custos razoáveis, não apenas da ótica econômica, mas também material.[351]

É nesse sentido que esses trabalhos fornecem subsídios para se construírem modelos sancionatórios melhores, comprometidos em entender se a resposta coercitiva, do tipo comando e controle, se justifica como medida efetiva e eficiente para proporcionar a conformidade da atuação dos agentes regulados. Isso passa por levar a sério preocupações como aquelas destacadas pelos autores analisados, em torno das motivações de reguladores e de regulados, das características específicas do setor econômico-social sob disciplina, das condições e capacidades institucionais dos órgãos públicos envolvidos, da tipologia e magnitude dos riscos a serem enfrentados e da disponibilidade dos recursos existentes.

---

[351] De pouco adianta criarem-se infrações e sanções voltadas a assegurar a limpeza urbana se não forem instaladas lixeiras pela cidade. Da mesma forma, "(...) a evasão fiscal não se evita apenas com inspeções e multas, mas também com campanhas de ilustração fiscal e com a colaboração de funcionários dispostos a ajudar os contribuintes boa vontade". NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 576. Tradução livre".

Os desafios são muitos. E enormes. Tem razão Neil Gunningham quando afirma que, ao invés de se buscar uma única estratégia de *enforcement*, o regulador deve aplicar com consciência diferentes táticas de intervenção, a partir de sua maior ou menor adequação a contextos regulatórios específicos. Afinal:

> Diferentes agentes regulados se deparam com diferentes pressões e têm diferentes habilidades, capacidades e motivações. Os riscos sociais e econômicos presentes em diferentes atividades também são intrinsecamente diversos. Portanto, não existe uma só forma de se atingir a excelência regulatória.[352]

Esse é o olhar pelo qual se deve refletir sobre a realidade brasileira. O direito administrativo sancionador no país carece de um discurso orientado a preocupações como as acima destacadas, não com vista à definição de um modelo único e ideal, mas de estratégias sancionatórias adequadas e possíveis aos diferentes contextos de atuação do Estado-Administrador.

É provável que avaliações e raciocínios complexos como aqueles desenvolvidos pela *responsive regulation*, *really responsive regulation* e *risk-based regulation* sejam mesmo inviáveis diante das conjunturas institucional, política, econômica, social e cultural do país. Eles demandam avaliações empíricas minuciosas e dependem delas para serem construídos e colocados em operação. Pressupõem a disponibilidade de especialistas com formação interdisciplinar e de pensadores de políticas públicas. Só por isso, pretender transpô-los para o ambiente brasileiro pode levar a resultados frustrantes. O que não implica descartá-los por completo.

Pode-se pensar em simplificações, como a delimitação de parâmetros abstratos mais genéricos ao invés da assimilação de modelagens prontas. *Guidelines* voltados à construção de soluções regulatórias que se adéquem à realidade brasileira e ao tamanho de seus desafios, com uma abordagem sensível tanto aos elementos destacados no capítulo 3, quanto às preocupações trazidas pelos modelos teóricos acima apontados. Nessa linha, por exemplo, pode-se cogitar de reflexões orientadas por três eixos.

Em primeiro lugar, por um *eixo de conscientização*. Antes do mais, é preciso reconhecer que a sanção administrativa não é a única nem a resposta mais apropriada em todo caso. Ela é um instrumento do ciclo regulatório, e não consequência automática de uma infração. Por isso, deve ser capaz de produzir os incentivos corretos em torno da conformação da atuação dos administrados, com vista à realização das finalidades cometidas à

---

[352] GUNNINGHAM, Neil. *Op. cit*., p. 12-13. Tradução livre.

Administração Pública. Se a sanção administrativa não tiver aptidão para tanto, ou se implicar custos irrazoáveis, carecerá de legitimidade.

Em segundo lugar, por um *eixo de construção justificada*. Reconhecidos o caráter instrumental e o papel atribuído à sanção administrativa, cabe ao Poder Público definir modelos de *enforcement* que sejam responsivos. Que tomem em consideração as motivações dos agentes regulados, do regulador e as características do ambiente institucional em que inseridos (restrições, pressões, riscos e oportunidades). Isso pressupõe como primeiro passo o mapeamento dessas peculiaridades e a definição do que seja relevante. Em seguida, a construção de um modelo que, tanto quanto possível, incorpore estratégias ecléticas, dinâmicas e criativas, com arranjos próprios, capazes de combinar ferramentas coercitivas e não coercitivas[353] a serem manejadas de forma motivada e transparente pelo regulador em cada caso.[354]

É verdade que, nesse ambiente, a escolha por uma solução pautada em modelos predominante ou integralmente sancionatórios também pode se revelar legítima. Mas o será, e esse é o ponto, apenas se e quando se concluir – e justificar – ser essa a estratégia mais apropriada à luz dos objetivos perseguidos e dos incentivos que o modelo pode produzir.[355] Ou, ainda, caso se demonstre ser essa a única estratégia punitiva viável (e por isso adotada em caráter subótimo) diante das condições institucionais e dificuldades enfrentadas pelo Poder

[353] A combinação de ferramentas é apontada por Gustavo Binenbojm como uma tendência pragmática, nos seguintes termos: "A realidade da Administração Pública contemporânea revela uma tendência pragmática no sentido de combinar a aplicação do método tradicional de comando e controle, próprio de estruturas mais rígidas de regulação, com o uso de novos métodos e técnicas mais flexíveis de indução (regulação por incentivos), além de meios alternativos de realização de objetivos regulatórios, por via de diferentes estratégias institucionais integradas, que podem ou não envolver o poder de polícia". BINENBOJM, Gustavo, *Op. cit.*, p. 150.

[354] Isto é, a serem manejadas em um marco de discricionariedade, o que não significa impossibilidade de controle. Como esclarece Odete Medauar: "A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada: trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo. (...) o poder discricionário se sujeita não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo. Permanece, no entanto, certa margem de apreciação da conveniência e oportunidade de soluções legalmente possíveis. Daí a atividade discricionária caracterizar-se, em essência, por um poder de escolha entre soluções diversas, todas igualmente válidas para o ordenamento. (...) A autoridade, ao exercer o poder discricionário, deve atender ao interesse púbico referente à competência que lhe foi conferida, e, por isso, a escolha que realiza é finalística. (...)". MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 18ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 129.

[355] Na mesma linha, Gustavo Binenbojm enfatiza que a escolha entre modelos mais prescritivos (baseados em sanções) ou mais indutivos (baseados em prêmios), a partir dos diferentes incentivos que eles proporcionam, não é aleatória. É dever do agente normatizador avaliar pragmaticamente qual estratégia adotar, considerando "(...) uma prognose de riscos, custos e efeitos concretos, diretos e colaterais, produzidos por cada arranjo de incentivos". BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit*., p. 99.

Público para desempenhar sua atividade.[356] O importante é que haja a definição consciente e motivada do modelo.

Em terceiro lugar, por um *eixo da avaliação*. Definido o arranjo sancionatório, é preciso institucionalizar processos de monitoramento sensíveis *(a)* aos efeitos produzidos pela aplicação do modelo, *(b)* às eventuais mudanças no ambiente institucional em geral (*e.g.*, pela presença de novos entrantes ou de novas tecnologias), assim como *(c)* às mudanças nas finalidades regulatórias. É possível que a sanção administrativa tenha sido instituída como uma resposta adequada em certo momento, mas que venha a se revelar inócua, incapaz de incentivar o cumprimento da regulação ou excessivamente gravosa ou onerosa. Disfuncional. Por isso, deve haver justificativa não apenas no momento de sua criação, mas também dali em diante, mantendo-se sua base de legitimidade.

Em outras palavras, concebida a ferramenta ou o modelo sancionatório, é fundamental que a sua efetividade e eficiência sejam periodicamente avaliadas, com vista ao seu aperfeiçoamento, complementação ou mesmo substituição. Nessa etapa, são importantes investigações como as seguintes: i) quais os resultados alcançados? ii) como esses resultados se relacionam com os objetivos buscados? iii) os instrumentos sancionatórios foram capazes de abarcar os riscos relevantes? iv) se não, por quê? v) surgiram novos riscos relevantes não abarcados pela regulação? vi) como endereçá-los? vii) há ajustes possíveis na estratégia sancionatória para que os agentes regulados sejam incentivados ao maior cumprimento da legislação?

Em suma, a ideia é que preocupações como essas, alinhadas às dimensões finalística, operacional, instrumental e funcional do poder punitivo da Administração Pública, incorporem-se aos estudos de direito administrativo sancionador.[357] Isso é relevante não apenas por razões acadêmicas, mas sobretudo para que se ponha em marcha o potencial

---

[356] Seria subótimo, por exemplo, um arranjo predominantemente punitivo adotado não como estratégia mais propícia a incentivar a conformação da conduta dos agentes regulados, mas tendo em vista a baixa qualificação do corpo técnico ou o elevado risco de corrupção, a indicarem um potencial mau uso de ferramentas não-coercitivas que fossem institucionalizadas.

[357] Ou seja, sejam definitivamente assimilados à teoria, o que não implica dizer, por evidente, que elas já não sejam suscitadas em trabalhos doutrinários esparsos sobre o tema, a exemplo daqueles mencionados no capítulo 3 da tese. No texto, a referência é a assimilação definitiva (ou incorporação) dessas preocupações à teoria. Veja-se, também, a lição de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara: "No Direito contemporâneo, com o aumento da complexidade regulatória, cada vez mais se ampliam os meios postos à disposição dos reguladores para conduzir os comportamentos dos regulados na direção do interesse público. Castigar é só um desses meios – aliás, um velho meio. Mas a punição não é um fim em si mesmo: é simples instrumento da regulação, para obter os fins desejados. Como os mesmos fins muitas vezes são atingíveis de modo mais rápido, mais barato, mais certo – e mesmo de modo mais justo – com a utilização de meios alternativos, cada vez mais o Direito os vem valorizando. (...).". SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011.

transformador do discurso teórico, com vista ao ajuste de modelos e práticas sancionatórios hoje alheios ao papel desempenhado e esperado de cada resposta estatal em cada contexto. Por isso, disfuncionais, inefetivos e ineficientes. Os dois casos analisados a seguir buscam deixar essas ideias mais claras.

4.5.2 Dois exemplos concretos para reflexão.

4.5.2.1 Restrições ao direito do particular de participar de licitação e contratar com a Administração Pública.

No Brasil, a Lei nº 8.666/1993 arrola as medidas administrativas cabíveis quando o particular contratado pela Administração Pública incorre em atos de inexecução total ou parcial do contrato administrativo. Para as violações mais graves, associadas, *e.g.*, à corrupção e a fraudes, aplicam-se a suspensão temporária do direito de participar de licitação, o impedimento de contratar com a Administração Pública e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração (cf. incisos III e IV do art. 87 da Lei).[358]

Essas são medidas em geral tratadas como estritamente sancionatórias. Como observam Cesar A. Guimarães Pereira e Rafael Wallbach Schwind,[359] a punição rigorosa é tida como "*instrumental para a realização da moralidade e da probidade*":[360]

> Não parece haver dúvida de que a visão tradicional de tais providências no Brasil é repressiva e sancionatória. Toma-se a exclusão de futuros certames e contratos como aflição (sanção repressiva) vinculada a atos ilícitos praticados no passado, apurados em processo administrativo ou judicial regular, com observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.
> Também é comum a percepção de que a aplicação de tais sanções é obrigatória, de modo que não haveria alternativa para a autoridade responsável senão aplicá-las. (...).[361]

---

[358] "Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior."

[359] PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Autossaneamento (self-cleaning) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção.* Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n. 102, agosto de 2015. Disponível em: <https://goo.gl/S8jYgb>. Acesso em: 07 jun. 2017.

[360] PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Op. cit.*, p. 1.

[361] PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Op. cit.*, p. 14.

O problema é que esse olhar, além de não ser necessário, pode levar à própria inviabilização da empresa. Justamente por isso, os autores explicam que, em outros ordenamentos jurídicos, notadamente nos Estados Unidos e na União Europeia, existe a previsão de medida alternativa voltada a "salvar" ou reabilitar a pessoa jurídica. Pelo instituto do autossaneamento (ou "*self-cleaning"*), permite-se que o agente regulado readquira o direito de contratar com a Administração Pública caso demonstre ter adotado providências suficientes para assegurar a inocorrência de violações e atos de corrupção no futuro. A ideia é que a substituição da sanção por um caminho de compromisso previna riscos de modo mais efetivo.

Isso não quer dizer que o administrado será liberado de custos. Pelo contrário: são diversos os ônus que ele tem que assumir. Na União Europeia,[362] *e.g.*, o particular é obrigado a contribuir e colaborar com os procedimentos de investigação; reparar eventuais danos ocasionados; adotar as medidas de gestão de pessoal cabíveis, como o desligamento de colaboradores e de funcionários envolvidos na prática da infração; e implementar medidas de *compliance*[363] estruturais e organizacionais voltadas à prevenção de infrações futuras, como códigos de ética e de conduta e rodízios de funcionários nas funções mais sensíveis para a companhia.

Em linhas gerais, o autossaneamento se justifica a partir de duas óticas nesses ordenamentos jurídicos. A primeira delas é que o impedimento para contratar com a Administração Pública não constitui medida estritamente punitiva, mas também: (i) preventiva, pois busca evitar que o Poder Público celebre novos negócios jurídicos com empresas inidôneas; e (ii) dissuasória, já que visa incentivar nesses agentes uma mudança de comportamento.[364] Logo, em relação a esses dois objetivos (*i.e.*, de prevenção para o Poder Público e de estímulo à conformidade da conduta dos particulares), a aplicação de um

---

[362] Diretiva nº 2014/24/EU.

[363] "*Compliance* (...) deriva do termo da língua inglesa '*comply'*, a significar ato ou procedimento para assegurar o cumprimento das normas reguladoras de determinado setor. Nos âmbitos institucional e corporativo, compreende um conjunto de comportamentos para fazer cumprir as normas legais e regulamentares, as políticas e as diretrizes estabelecidas para o negócio e para as atividades da instituição ou empresa, bem como evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade que possa ocorrer". NETO, Elias Marques de Medeiros; VIGLIAR, Jose Marcelo Menezes; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Compliance e lei anticorrupção. *Migalhas*. [S.l.: s.n.], 2013. Disponível em: <https://goo.gl/f3teWP>. Acesso em: 25 out. 2017.

[364] "É interessante observar que o conceito de *corporate self-cleansing* [nos Estados Unidos] deriva do reconhecimento de que atos incompatíveis com o ordenamento ocorrerão em qualquer organização, sendo que o importante é a maneira pela qual a empresa responderá a esse tipo de situação. Assim, o princípio da *corporate self-cleansing* reside no conceito de que é menos provável que haja a prática de atos ilícitos ou repetições de transgressões passadas quando se está diante de organizações responsáveis e éticas, com sistemas de controle e prevenção fortes, e que instigam a confiança em seus empregados, investidores, clientes e o público em geral". PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Op. cit*., p. 8.

programa de *self-cleaning* pode se revelar como meio mais efetivo e eficiente do que a punição propriamente dita.

Já de uma segunda ótica, assume-se que a repressão aos infratores não deve sacrificar interesses públicos que seriam mais bem atendidos pela manutenção da empresa (como a possibilidade de que ela participe de concorrências futuras, com seu *know how*, para a prestação de um serviço especializado e específico). Assim, se medidas menos drásticas de autossaneamento podem conter os riscos de novas violações, elas precisam ao menos ser consideradas, "*tanto sob a perspectiva da própria Administração Pública (que passa a ter mais opções de contratação) quanto do universo de pessoas que dependem da atividade econômica da empresa punida*".[365]

O que os autores sugerem, portanto, é uma espécie de reconstrução exegética, para que se mitigue a percepção vigente em torno de medidas como aquelas do art. 87, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/1993. Embora atualmente elas sejam vistas como um mal necessário para os casos de descumprimento contratual grave, há espaço (e fundamento jurídico) para soluções alternativas baseadas no autossaneamento. Inclusive, os efeitos potencialmente danosos provocados pelo uso dos instrumentos repressivos tradicionais fariam desse um debate urgente.

Eles têm razão. No arsenal de "armas" de que dispõe a Administração Pública para responder aos ilícitos, a possibilidade de substituição justificada de uma medida mais onerosa (de incapacitação temporária da empresa para celebrar negócios com o Poder Público) por um compromisso firme e condicionado de reabilitação gera (ou pode gerar) externalidades positivas. Essa abordagem *(a)* enxerga a sanção como meio dissuasório, voltado a obter a maior conformação da conduta dos particulares no futuro, ao invés de mera retribuição ao mal causado pelo ofensor; *(b)* cria incentivos para um modelo de maior eficiência e efetividade; *(c)* valoriza a cooperação e a disposição dos agentes regulados para a solução de problemas estruturais nos diversos níveis de organização da empresa, em sintonia com as preocupações destacadas, *e.g.*, pela teoria da regulação responsiva; e *(d)* pode diminuir custos não apenas para o particular contemplado e para a própria Administração Pública (que terá a chance de reduzir os esforços de fiscalização e repressão, diante da postura de maior compromisso do particular com a regulação), mas também para a sociedade em geral, por força da manutenção da riqueza econômica associada à atividade empresarial.

---

[365] PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Op. cit*., p. 3.

A consciência quanto a esse olhar, assim, é imperativa. Inclusive para se estimular a adoção de providências normativas tendentes a institucionalizar e construir modelos sancionatórios impregnados dessa abertura. Cesar A. Guimarães Pereira e Rafael Wallbach Schwind pontuam que, na própria Lei nº 8.666/93, a parte final do inciso IV do art. 87 permite que a autoridade administrativa faça uso de medidas de *self-cleaning*.[366] Além disso, princípios jurídicos mais gerais, como o da culpabilidade e o da proporcionalidade, autorizariam certo grau de liberdade para que o aplicador do direito, em cada caso, avaliasse o *quantum* e o próprio cabimento das medidas sancionatórias mais gravosas.

De todo modo, eles próprios destacam o quão importante é a adaptação do direito positivo,[367] para se definirem critérios que norteiem a aplicação do autossaneamento.[368] *Guidelines* objetivos são recomendáveis para combater decisões anti-isonômicas e promover a necessária segurança jurídica. O ponto é relevante e será retomado no capítulo 6 da tese, a propósito da devida procedimentalização em matéria administrativa sancionatória. Contudo, ainda que faltem parâmetros institucionalizados, não se podem fechar os olhos para soluções que, em cada caso, atentas aos elementos peculiares ao direito administrativo sancionador e às suas ferramentas, permitam um caminho mais eficiente e adequado.[369] Veja-se um exemplo extraído da jurisprudência do Tribunal de Contas da União ("TCU").

---

[366] "Um exemplo concreto de possível aplicação da noção de autossaneamento é o regime da inidoneidade segundo o art. 87, IV, da Lei nº 8.666. (...) é possível compreender que a reabilitação após o prazo mínimo de dois anos é apenas uma das hipóteses de extinção da medida. A expressão 'enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição' existente no inciso IV do art. 87 corresponde a um dos mecanismos de operação do autossaneamento. A adoção de instrumentos de correção futura da estrutura do fornecedor punido corresponde à supressão dos motivos que ensejaram a aplicação da medida". PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Op. cit.*, p. 15.

[367] No direito positivo brasileiro, a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) considerou expressamente os programas de *compliance*, em sentido amplo, como fator de mitigação das sanções administrativas nela previstas. É o que estabelece o art. 7º, inciso VIII, ao dizer que serão levados em consideração na aplicação das sanções, dentre outros fatores: "a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica".

[368] "O debate sobre a aplicação da ideia de autossaneamento (*self-cleaning*) no direito positivo brasileiro é necessário e urgente. A sofisticação dos instrumentos legislativos de combate à corrupção deve ser acompanhada da percepção dos efeitos potencialmente danosos dos mecanismos tradicionais de repressão das condutas corruptas. (...) A experiência do direito comparado (...) é rica e aprofundada, com o estabelecimento de critérios para a identificação de situações de cabimento ou não desse regime, de medidas efetivas de correção (...), de instrumentos de fiscalização e de prevenção do abuso na exclusão de penalidades cabíveis e necessárias". PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Op. cit.*, p. 16.

[369] Tratando das sanções regulatórias, André Saddy e Rodrigo Azevedo Greco observam que: "Tais sanções são, portanto, comutáveis. Dessa forma, com base na discricionariedade de escolha, observa-se a possibilidade de as diversas entidades reguladoras optarem por quaisquer dessas sanções previstas. E isso significa que, enquanto o procedimento sancionador não estiver encerrado na esfera administrativa – ou seja, enquanto não for julgado eventual pedido de reconsideração ou recurso hierárquico –, o órgão competente pode, com base exclusivamente no seu poder ordenador/ limitador, converter, por exemplo, as multas aplicadas em obrigações de fazer e não fazer, caso, em um juízo de oportunidade e conveniência, as agências reguladoras verifiquem que essa conversão será mais adequada ao atendimento do interesse público". SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo

Em 2010, a Corte analisou a prestação de contas[370] da extinta empresa pública Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial ("CBEE"),[371] incluindo diversos contratos que ela celebrou com Produtores Independentes de Energia para o suprimento da demanda energética. Em um deles, a estatal, diante do inadimplemento parcial pelo particular, deixou de aplicar a multa prevista no contrato e celebrou termo de solução amigável da controvérsia, no qual as partes acordaram que uma parcela da penalidade seria descontada de futuros créditos da contratada, enquanto a outra seria convolada em obrigação de fazer (*i.e.*, na disponibilização de capacidade energética por um período superior ao contratado).[372]

O TCU reputou a solução legítima. A uma, porque a Administração Pública não se omitiu no seu dever de sancionar, mas aplicou, de modo fundamentado e técnico, uma solução condizente com o interesse público. A duas, porque não foi identificada má-fé por parte dos responsáveis. A três, porque a solução alternativa, baseada da conversão de parte da punição pecuniária em obrigação de fazer, resultou em redução do risco energético para o país, em harmonia com a finalidade para a qual a CBEE fora criada.[373]

---

de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 206, p. 165-203, abr./jun. 2015, p. 166.

[370] Por meio do processo nº TC 012.178/2005-2; Acórdão nº 3.957/2010.

[371] A CBEE teve sua criação autorizada pela Medida Provisória nº 2.209/2001, tendo como o objetivo aquisição, o arrendamento e a alienação de bens e direitos, a celebração de contratos e a prática de atos destinados: à viabilização do aumento da capacidade de geração e da oferta de energia elétrica de qualquer fonte em curto prazo; e à superação da crise de energia elétrica e ao reequilíbrio de oferta e demanda de energia elétrica. O próprio art. 3º da Medida Provisória previu que a referida empresa pública extinguir-se-ia em 30 de junho de 2006.

[372] A Comissão de Processamento e Avaliação da CBEE entendeu pela aplicação de penalidade relativa a 68 dias de atraso para a contratada entrar em operação. O contrato previa que "o somatório mensal dos valores das penalidades por atraso na primeira fase do empreendimento seria deduzido da garantia do PIE e para as demais fases, a dedução seria feita na fatura de suprimento de energia do mês". No termo de solução amigável da controvérsia, contudo, ajustou-se o pagamento da multa da seguinte forma: "dos 68 dias de atraso de entrada em operação considerados como incidentes de penalidade, 30 dias seriam pagos por meio de descontos nas faturas mensais, atualizados pela taxa Selic, do dia de início de operação até 31/1/2004, em 10 parcelas a partir do faturamento de fevereiro de 2004, os 38 dias restantes pagos com disponibilização de capacidade durante 90 dias, a partir de janeiro de 2005".

[373] Acórdão nº 3.957/2010. Confiram-se ainda os seguintes trechos: "(...) A CBEE, inegavelmente, agiu para apurar a responsabilidade da empresa pelo atraso e aplicar-lhe a multa contratual. Portanto, não se trata aqui de omissão no dever de apenação. (...) Não há questionamentos quanto à possibilidade contratual de se intentar um acordo visando redução ou compensação da multa, mas tão somente se a compensação da forma como foi acordada era razoável ou não. (...) A leitura da referida nota técnica revela que o assunto foi tratado com o devido exame técnico que a decisão que viria a ser tomada requeria. (...) Não se evidencia neste processo a ocorrência de má-fé por parte dos responsáveis citados com o intuito de beneficiar o produtor de energia contratado e lesar o erário, nem ato ilegítimo, ilegal ou antieconômico, posto que o procedimento de apenação e solução amigável de controvérsias foi conduzido na forma contratual, devidamente documentado e motivado, dentro da esfera de discricionariedade do gestor, sendo que, ao final, o procedimento resultou em razoável apenação pelo descumprimento contratual, imediato recolhimento parcial da multa prevista e, no mínimo, de redução do risco, objetivo final da atuação da CBEE, fundamento para a compensação proposta e devidamente cumprida. (...)".

Ou seja, construiu-se uma solução alinhada às preocupações finalísticas, funcionais e ao caráter instrumental da sanção administrativa, que, embora não se revelasse como a mais evidente à luz da disciplina contratual,[374] pôde ser desenhada para atender em maior medida aos objetivos regulatórios buscados. Não de forma arbitrária, mas justificada. Exatamente como se preconiza na tese.

4.5.2.2. Multas regulatórias.

As multas administrativas são uma ferramenta largamente utilizada no Brasil pelos órgãos e entidades reguladores no âmbito de suas estratégias de *enforcement*. São frequentes, contudo, as críticas em torno da eficiência e efetividade dessas medidas.[375]

O problema veio à tona no âmbito de fiscalização realizada pelo Tribunal de Contas da União acerca da arrecadação de multas aplicadas pelas agências reguladoras federais e por outras entidades e órgãos públicos federais.[376] O TCU, ao cotejar o valor das multas aplicadas e o das efetivamente arrecadadas no período de 2005 a 2009, verificou que, em média, apenas 3,7% do montante aplicado teriam ingressado nos cofres públicos (cf. o Acórdão nº 1817/2010). Esse seria um resultado bastante grave por dois motivos: tanto pelo valor expressivo de receita potencial não concretizada em favor do erário (estimado em cerca de R$ 24,9 bilhões), quanto por comprometer a eficácia da atividade sancionatória estatal.[377] Afinal,

---

[374] De todo modo, na fundamentação do Acórdão nº 3.957/2010, o TCU registrou que: "Nos termos da cláusula 46 do contrato, regido pela Lei nº 8.987/1995, a controvérsia poderia ser solucionada amigavelmente entre as partes (...)".

[375] De que é exemplo a notícia: "Agências reguladoras aplicam multas, mas não recebem nem metade do valor". FABRINI, Fábio. Agências reguladoras aplicam multas, mas não recebem nem metade do valor. *O Estado de São Paulo*, São Paulo. Disponível em: <https://goo.gl/5rju1M>. Acesso em: 25 out. 2017.

[376] Refere-se ao processo TC 022.631/2009-0. Foram fiscalizadas: Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ; Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC; Agência Nacional do Cinema – ANCINE; Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP; Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; e Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. O TCU não avaliou os resultados relativos à Agência Nacional de Águas – ANA. Além dessas agências, apuraram-se dados: da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, do Banco Central do Brasil, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e do próprio Tribunal de Contas da União.

[377] "Em outras palavras, podem-se encontrar situações em que o volume original de multas aplicadas é muito elevado, mas tais multas são canceladas após os recursos administrativos impetrados pelos entes fiscalizados. Caso se verifique uma discrepância elevada entre os valores originalmente aplicados e os que permanecem válidos para cobrança após os recursos administrativos, restará evidenciada uma falha comprometedora da eficiência do ente regulador: ou estaria havendo aplicação inadequada de multas pela fiscalização, seja em termos de procedimentos adotados ou valores estipulados; ou as instâncias que julgam o contencioso administrativo não estariam aptas a manter as multas corretamente aplicadas pela fiscalização. Em qualquer dos casos, haveria desperdício de recursos em um processo ineficiente de autuação e cancelamento posterior das

> (...) se o objetivo da aplicação das multas é, fundamentalmente, coibir a prática de atos que constituam infrações às normas de cada setor, é notório que tal resultado não será alcançado pela via sancionadora adotada, posto que esta não tem sido capaz de produzir efeitos de apenação sobre os entes fiscalizados.[378]

Diante desse quadro, os Ministros, sensíveis à necessidade de que fossem adotadas providências, determinaram que as unidades fiscalizadas prestassem um conjunto de informações, incluindo as causas para a baixa *performance* na arrecadação e a definição de mecanismos para mitigá-la.

Como resultado do monitoramento dessas determinações, a Corte de Contas proferiu em 2012 o Acórdão nº 482/2012, quando avaliou, dentre outros aspectos, os fatores apontados pelos órgãos e entidades fiscalizados para a baixa arrecadação de suas penalidades. Conforme ali se indicou:

> 2.5.3.2. A análise das respostas enviadas indica que os problemas relatados por cada entidade também são variados, refletindo-se nos números que demonstram a aplicação e o recolhimento de multas. De forma geral, no entanto, pode-se identificar os principais entraves relacionados:
>
> - Normas e procedimentos administrativos que dificultam a arrecadação, como número excessivo de instâncias recursais e prazos dilatados entre as etapas de cobrança;
> - Níveis elevados de multas suspensas ou canceladas em instâncias administrativas, integrantes ou não das estruturas hierárquicas das entidades de fiscalização;
> - Suspensão da exigibilidade dos créditos por força de decisões judiciais;
> - Alterações frequentes na legislação, resultando na necessidade de reformular aspectos procedimentais, na extinção de multas ou na redução dos valores monetários associados às penalidades;
> - Insuficiência de recursos das entidades para fazer frente ao volume de penalidades aplicadas, considerando-se aspectos como quantitativo de pessoal com qualificação adequada e sistemas informatizados para registro e controle da cobrança administrativa.
>
> 2.5.3.3. O quadro relatado reforça a preocupação em torno do problema central identificado pelo levantamento: o reduzido percentual de multas arrecadadas em relação às penalidades aplicadas, de forma contínua ao longo dos últimos anos, como resultado de problemas diversos e complexos que afetam a operação das entidades federais de regulação e fiscalização.[379]

---

multas, ao mesmo tempo em que a eficácia do órgão ou entidade de regulação e fiscalização é minimizada, por não conseguir penalizar de forma satisfatória os entes sob sua regulação" (Acórdão 1817/2010, p. 13).

[378] Acórdão 1817/2010, p. 14, item 74.

[379] Acórdão nº 482/2012, p. 18.

Quanto às melhorias indicadas pelos órgãos e entidades com vista ao aumento da eficácia e desempenho na arrecadação, destacam-se as seguintes: *(i)* edição ou revisão de atos normativos internos (ANAC, ANS, BACEN, IBAMA); *(ii)* aprimoramento de procedimentos internos, de sistemas e da coleta e fluxo de informações (ANAC, ANCINE, ANP, ANS, CADE, SUSEP); *(iii)* implantação de novos sistemas informatizados para gestão de dados, estabelecimento de rotinas, cobranças administrativas e acompanhamento de processos, bem como para prover informações aos agentes regulados (ANAC, ANCINE, ANP, ANTAQ, BACEN, CVM, IBAMA, SUSEP); *(iv)* aumento do quadro de pessoal (ANP, ANTT, BACEN, IBAMA); e *(v)* qualificação do quadro de pessoal (ANS).[380]

Por certo, a iniciativa do Tribunal de Contas tem enorme valia. Ela se pautou na avaliação crítica de dados concretos para refletir sobre o aperfeiçoamento da máquina pública. Esse tipo de investigação é ponto de partida para quaisquer análises sobre o desempenho de modelos fiscalizatórios e sancionatórios. E, no Brasil, faltam centros de pesquisa empírica e estudos desse tipo.[381]

Ademais, a fiscalização corretamente atribuiu à multa regulatória a condição de meio para "*coibir a prática de atos que constituam infrações às normas de cada setor",*[382] e não um fim em si. Foram destacados a finalidade dissuasória e seu caráter instrumental, bem como a importância de ferramentas efetivas com vista à realização dos objetivos de interesse

---

[380] Acórdão nº 482/2012, p. 40-41. Saliente-se ainda que, em 2014, foi proferida nova decisão em continuidade ao monitoramento iniciado em 2010 e tendo em vista as determinações exaradas em 2012 (Acórdão nº 1665/2014). Em 2012, o Tribunal ordenara que os órgãos e entidades fiscalizados incluíssem em seus relatórios anuais de gestão seção específica sobre o tema "arrecadação de multas", contendo as informações então especificadas pelo TCU (como o quantitativo de multas canceladas ou suspensas em instâncias administrativas). Ocorre que, analisados os relatórios de gestão das unidades referentes ao exercício de 2012 (primeiro ano no qual incorporadas as informações monitoradas), o corpo técnico se viu diante de algumas dificuldades: a incompletude dos dados informados, quer pela ausência da informação solicitada no respectivo órgão ou entidade, quer por limitações técnicas dos respectivos bancos de dados para fornecer tais informações; a grande variação entre os dados informados pelas agências reguladoras e demais órgãos e entidades responsáveis pelas multas, fato provavelmente associado às peculiaridades de cada unidade informante; a falta de padronização nos regimes contábeis utilizados para as receitas provenientes de multas; e a ausência de critérios uniformes para definir o que seriam "multas exigíveis e definitivamente constituídas" e "multas aplicadas". Neste caso porque, tendo em vista as diferentes possibilidades de classificação pelos respectivos setores de fiscalização, tais conceitos podem utilizar, como parâmetros, "a data do auto de infração, do recebimento da intimação de decisão de 1ª instância ou, até mesmo, da decisão de segunda instância, itens, esses, sobre os quais não se tem relatórios específicos para efetuar a classificação em determinados campos" (Acórdão nº 1665/2014, p. 13, subitem 2.6.14).

[381] Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à informação: os princípios da Lei n° 12.527/2011. *Revista Quaestio Iuris*, v. 8, n. 3, p. 1741-1759, 2015. Disponível em: <https://goo.gl/qXCL4s>. Acesso em: 21 out. 2017; e BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

[382] Acórdão 1817/2010. p. 14, item 74.

público. Tanto que o TCU se preocupou em identificar as causas para a baixa arrecadação e mecanismos para corrigi-las.

A despeito disso, os subsídios teóricos desenvolvidos nos capítulos 3 e 4 permitem apontar imprecisões no *(a)* diagnóstico, *(b)* no foco e *(c)* no prognóstico da fiscalização conduzida pelo Tribunal de Contas. Com efeito, *(a)* o TCU tomou a baixa arrecadação como sintoma da pouca efetividade da atividade sancionatória estatal. Contudo, a adequação de modelos e sua efetividade perpassam uma análise mais complexa, que vai além da verificação do maior ou menor êxito na arrecadação das multas. A rigor, estratégias de sucesso são aquelas que punem menos, e não mais, porque se mostram mais capazes de assegurar a conformidade da conduta dos agentes privados. Sob essa ótica, aplicar sanções não é sintoma de efetividade, mas sinal de desrespeito às regras. Além disso, a arrecadação de valores inferiores às multas aplicadas pode ser indício da correção da conduta dos particulares por outras vias, como as consensuais, e não necessariamente de inadimplemento. O ponto é que o dado numérico, por si só, diz pouco.

Mais ainda: *(b)* embora o TCU tenha corretamente assumido que a multa é instrumento, e não fim em si, ela foi tratada nas decisões sob um olhar exclusivista, como a única resposta considerada, sem que fossem ponderadas outras ferramentas, inclusive menos custosas. A sanção pecuniária, como se mencionou, é parte de um ciclo regulatório mais complexo e apenas *uma* dentre as várias estratégias possíveis (coercitivas e não coercitivas) para incentivar o cumprimento das normas. Daí porque a efetividade da atuação sancionatória estatal deve ser medida nesse contexto mais compreensivo, e não alheia a ele.[383]

---

[383] Nesse sentido, vejam-se as considerações tecidas pelo Ministério Público Federal ao abordar as atividades de fiscalização e punição levadas a cabo pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), especialmente por intermédio da aplicação de multas, no âmbito dos serviços de transporte ferroviário. O MPF destacou, em primeiro lugar, que a atuação *ex post* da agência não afasta a importância do controle prévio de estruturas a cargo da autoridade de defesa da concorrência. *In verbis*: "(...) não se pode prescindir do controle de estruturas sob o argumento da possibilidade de repressão *a posteriori* de eventuais condutas ilícitas, especialmente no caso de operações em que estão presentes diversos elementos que apontam no sentido da presença de incentivos para adoção de condutas discriminatórias, bem como da pronunciada dificuldade de apuração e monitoramento dessas condutas. A repressão de infrações busca controlar o comportamento do regulado, mas não altera os incentivos que regem a sua atuação; nesse contexto, se a ameaça de punição não é crível, o regulado tende a desviar-se das regras e a agir de acordo com seus incentivos que, frequentemente, não estão alinhados com os do regulador". Em segundo lugar, o *Parquet* frisou que mesmo a atuação repressiva, por meio das multas, tem problemas para ser efetiva quanto ao que dela se espera. *In verbis*: "Tampouco podem ser ignoradas as manifestações de usuários que indicam que os mecanismos regulatórios de repressão a abusos muitas vezes são incapazes de fornecer respostas tempestivas a hipóteses de abuso e desvios, e de dar conta de situações cotidianas de tratamento não-isonômico (...). Ainda que o regulador tenha atuação diligente, tais dificuldades são inerentes à própria atividade repressiva e à natureza de informação assimétrica da relação regulador/regulado". V. a manifestação da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal referente à Audiência Pública nº 10/2016, em que se discute a prorrogação do prazo de vigência contratual da concessionária América Latina Logística Malha Paulista S.A., p. 25-26. Disponível em: <https://goo.gl/6XTFDo>. Acesso em: 29 out. 2017.

Some-se a isso que *(c)* as soluções apontadas pelos órgãos e entidades fiscalizados, como o aumento do quadro de pessoal, a atualização de suas normas e a implantação de novas rotinas, não apenas giram em torno, isoladamente, da maior utilização da punição pecuniária, como implicam custos. Ocorre que, tendo em vista o cenário de escassez e de limitação de recursos humanos e financeiros dessas unidades, soluções assim tendem a se revelar infactíveis ou bastante limitadas. Enfim, insuficientes para lidar com a baixíssima *performance* (3,7%) detectada pela Corte de Contas em matéria de arrecadação de valores.

Não há modelos ideais. É verdade. Mas há perguntas que poderiam ter sido feitas pelo TCU, complementares à sua análise, em linha com os eixos de conscientização, construção justificada e avaliação apontados no item 5.5.1. deste capítulo. Por exemplo: *(1)* do ponto de vista da racionalidade econômica, o modelo punitivo baseado em multas cria, em relação a cada segmento regulado, os incentivos corretos, considerando-se os custos associados à infração (direto e indiretos) e os benefícios líquidos esperados pelo potencial infrator com o ilícito? Afinal, do ponto de vista econômico, se for mais lucrativo para o agente regulado violar a regulação a cumpri-la, ele terá incentivos para fazê-lo.[384] Isso implicará mais multas. Mas o maior quantitativo de punições não será indício que a atividade sancionatória esteja cumprindo a sua finalidade. Pelo contrário, será evidência da incapacidade do modelo sancionatório de conformar a conduta dos agentes regulados.[385]

Ademais: *(2)* as soluções apresentadas pelos órgãos e entidades para aperfeiçoar sua atividade de *enforcement*, como o aprimoramento de normas, a implantação de novos sistemas informatizados, o aumento do quadro de pessoal e sua qualificação são suficientes e factíveis? Ou existem estratégias alternativas menos custosas e potencialmente mais efetivas?[386] Veja-se o caso da ANTT. Para justificar a baixa arrecadação, a agência esclareceu

---

[384] "Multas como preços. Um problema com a fixação de multas com referência ao custo do crime para a sociedade é que isso pode não ter um efeito dissuasivo se a multa for menor que o benefício obtido pelo criminoso. Se você estiver com muita pressa para chegar a uma reunião com um cliente no horário, e a multa por excesso de velocidade é de apenas trinta euros, você pode considerá-la como um custo que vale a pena suportar (especialmente se houver uma chance de você sequer ser pego). De forma diversa, se a multa for de trezentos euros, seu cálculo racional pode levá-lo a comportar-se de forma diferente (o que dependerá de muitos fatores, como quanto vale o cliente para você, qual a sua taxa horária ou quais são as chances de ser pego)". "Crime doens't (always) pay: what determines the level of fines?", Artigo adaptado do capítulo 9 de: NIELS, G., JENKINS, H. e KAVANAGH, J, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press, 2011. Disponível em: <https://goo.gl/tfEaaU>. Acesso em: 25 out 2017.

[385] Ainda sobre os problemas dos incentivos associados à utilização da sanção pecuniária, Daniel Silva Boson observa que a função de tornar a prática da infração não lucrativa *ex ante* pela corporação pode ser inviabilizada por força de restrições jurídicas ou patrimoniais. Isso porque, por exemplo, "o teto legal para a multa pode ser relativamente baixo ou o patrimônio atingível da organização pode ser insuficiente para tornar o ilícito não lucrativo". BOSON, Daniel Silva. *Op. cit*., p. 125.

[386] Nessa linha – de se buscarem mecanismos e canais de incentivo para a maior conformação do agente regulado e sua cooperação –, Jonathan Wiener explica que, nos Estado Unidos, a partir da década de 1970, avaliações pautadas em lógicas de incentivos e na real efetividade de ferramentas coercitivas levaram à adoção de uma ótica

ao TCU que possui diversos postos de fiscalização, espalhados por todo o país, além de um convênio celebrado com a Polícia Rodoviária Federal. Embora isso facilite a fiscalização, gera um fluxo diário de milhares de autos de infração, incompatível com a disponibilidade de recursos humanos, financeiros e de tempo suficiente para a condução ágil dos procedimentos sancionatórios e executivos.[387] Assim é que, buscando contornar esses obstáculos, a agência indicou a tomada de três providências administrativas: a terceirização da conferência de documentos em processos administrativos para inscrição em Dívida Ativa, o aumento de pessoal e de sua capacidade de estrutura.

O problema é que essas são medidas que implicam novos custos e, por isso, apresentam capacidade limitada de implementação. Ademais, é pouco provável que, mesmo com a contínua ampliação da estrutura administrativa, isso possa fazer frente a um fluxo crescente de autos de infração derivados da fiscalização dispersa em âmbito nacional. No lugar dessas providências, poder-se-ia cogitar de soluções e estratégias alternativas capazes de promover a fiscalização e a cobrança mais racionais e menos custosas, a exemplo de modelos focados em riscos, que direcionam esforços à luz da gravidade e frequência dos riscos mapeados. Da mesma forma, à luz do enorme grau de dispersão das possíveis violações à legislação, poderiam ser valorizados meios para incentivar a maior cooperação pelos agentes regulados, como as autodenúncias,[388] potencialmente mais efetivos e menos custosos do que os investimentos em capacidade de estrutura e aumento de pessoal.[389]

---

mais pragmática (e menos moralista) a respeito da regulação. Isso implicou a valorização do uso de instrumentos baseados em incentivos em detrimento daqueles pautados na definição de padrões tecnológicos rígidos. Segundo o autor, após a experiência com os primeiros desenhos regulatórios, que estavam baseados no modelo de comando e controle, verificou-se que a definição de padrões rígidos e penalidades se revelava em muitos casos menos eficiente para estimular o desenvolvimento de novas tecnologias do que os modelos baseados na definição de padrões de *performance*, ou, ainda, naqueles concebidos a partir do "comércio" de *allowances* (a exemplo do mercado de créditos de carbono). Cf. WIENER, Jonathan B. The regulation of technology, and the technology of regulation. *Technology in Society*, v. 26, p. 483-500, 2004. Disponível em: <https://goo.gl/DVHWfy>. Acesso em: 16 dez. 2016, p. 485.

[387] Acórdão nº 482/2012, p. 16.

[388] O direito comparado pode servir de inspiração para a concepção desses meios alternativos. No Chile, por exemplo, a legislação ambiental prevê dois instrumentos de incentivo à cooperação pelos agentes regulados (além da autodenúncia) que chamam a atenção: o programa de cumprimento e o programa de gradualidade. De acordo com o art. 42 da Ley nº 20.417/2010, iniciado um procedimento sancionatório, o infrator pode apresentar em até 10 (dez) dias um programa de cumprimento, consistente em um plano de ações e metas por ele elaborado para que, dentro de um prazo fixado pelo órgão ambiental, sejam cumpridas satisfatoriamente as disposições ambientais indicadas. Aprovado o programa, o procedimento sancionatório é suspenso. Caso descumpridas as obrigações ali previstas, o processo é retomado, oportunidade em que poderá ser aplicado ao particular até o dobro da multa prevista para a infração original. De outro lado, se cumprido regularmente o programa, o processo sancionatório é encerrado. Além dessa previsão, o Decreto Supremo nº 30, de 20 de agosto de 2012, que regulamentou a lei ambiental, contempla o que chamou de programa de gradualidade, definido como uma modalidade de cumprimento progressivo de exigências estabelecidas nas normas ambientais (art. 2º, "h"). Sobre esses programas, v. DELGADO, Pablo Soto. *Op. cit.*

[389] Floriano de Azevedo Marques, na mesma linha, questiona a eficiência das multas administrativas enquanto instrumento voltado a assegurar que os agentes regulados – especificamente as concessionárias – prestem

Indo além, poder-se-ia indagar *(3)* se o modelo de *enforcement* é sensível às diferentes motivações e comportamentos dos agentes regulados, de modo a incentivar os particulares que atuam de modo cooperativo a manter essa postura. Em outras palavras: vale a pena cumprir as regras ou isso, na verdade, importa em uma desvantagem concorrencial?

Na mesma linha, cabe perguntar *(4)* se as ferramentas alternativas, quando existentes, são efetivas, e, em caso negativo, quais os obstáculos a serem enfrentados. Saliente-se que essa também é uma investigação da maior importância. Se os instrumentos alternativos forem mal concebidos ou mal utilizados, isso tende a "empurrar" a relação entre o Poder Público e os particulares para soluções coercitivas, sem que aproveitados os ganhos de eficiência que poderiam ser alcançados pelos caminhos de cooperação. A propósito, o estudo conduzido por Carlos Emmanuel Ragazzo, Guilherme de Jesus France e Mariana Tavares Vianna[390] acerca da celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's)[391] pelas agências reguladoras federais de infraestrutura evidencia essa preocupação.

Conforme eles explicam, poder-se-ia concluir que, diante dos dados relacionados à baixa *performance* das agências reguladoras quanto à aplicação e arrecadação de multas, um caminho lógico seria o uso mais frequentes dos TAC's. Afinal, nem as multas estariam gerando o efeito dissuasório esperado, já que os infratores encontrariam meios de evitar o pagamento, especialmente pelo ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário; nem as receitas estariam ingressando nos cofres públicos para serem investidas no aprimoramento das atividades das agências.

Essa conclusão, contudo, não é necessária. Com base no histórico de cada uma das entidades reguladoras, incluindo o grau de sucesso de seus TAC's e a frequência de sua

---

serviços de qualidade. Segundo o autor, não bastasse o excesso de recursos, capaz de protelar o pagamento dessas sanções, não haveria qualquer garantia de destinação dos valores quitados para a melhoria dos serviços. Por isso, penalidades mais eficientes seriam aquelas voltadas a atingir as fontes de receitas das empresas, como a proibição de contratação de novos clientes. E complementa: "Quando o regulador não age de forma preventiva e apenas reage às panes nos serviços, aplicando multas de forma intempestiva, geralmente erra na dosimetria e no embasamento da sanção. Isso faz com que essas decisões possam ser contestadas no futuro". NOGUEIRA, Danielle; JUSTUS, Paulo Justus; D'ERCOLE, Ronaldo. Estatais não quitam 78% das multas aplicadas por agências reguladoras. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://goo.gl/v8TEZE> Acesso em: 03 nov. 2017.

[390] RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 3, 1, p. 89-119, 2017.

[391] "Depreende-se que os TACs são instrumentos consensuais substitutivos ou suspensivos de composição de conflitos entre a Administração e, nos casos de procedimento administrativo sancionador, os infratores, com o fim de almejar interesses públicos específicos. Três são, portanto, as características desses acordos: (I) a consensualidade, inerente de qualquer acordo; (II) a alternatividade, necessária à substituição ou suspensão; e (III) a finalidade pública, decorrente do interesse público específico" SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. *Op. cit.*, p. 171. Sobre esses acordos, v. também: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Op. cit.*

utilização, os autores apontam que não basta prever a possibilidade de celebração desses instrumentos. Na prática, se não houver clareza quanto às suas condições e efeitos, bem como um ambiente propício à sua operacionalização, eles tendem a fracassar. Inclusive, foi o que salientou o Tribunal de Contas da União ao analisar TAC's celebrados pela ANATEL,[392] diante de problemas como a deficiência na fiscalização das condições acordadas, déficits de informação no processo decisório, falta de transparência, sobreposição de competência, dentre outros. Logo:

> (...) Precisão e segurança jurídica são elementos essenciais para que agentes fiscalizados considerem viável e vantajoso celebrar acordos com a administração pública. A disposição derivada do consensualismo emergente não se basta sem a demonstrável e demonstrada comprovação de que agentes públicos estabeleceram um ambiente seguro para negociações e, principalmente, para o período de execução dos termos do acordo. De outro lado, a eficácia do processo de fiscalização é fundamental à consecução dos objetivos de política pública pretendidos, tanto por garantir que eventuais infrações serão detectadas, servindo de instrumento dissuasório, quanto para garantir o acompanhamento do cumprimento dos TACs celebrados.[393]

Por fim, poder-se-ia indagar, ainda, *(5)* quanto à existência de outros fatores relevantes a serem considerados para se avaliar a efetividade da atuação fiscalizatória e sancionatória da entidade. Um exemplo concreto remete à edição da Medida Provisória nº 780, de 19 de maio de 2017, convertida na Lei nº 13.494/2017, que instituiu o Programa de Regularização de Débitos não Tributários - PRD junto às autarquias, fundações públicas federais e Procuradoria-Geral Federal.[394] O ato normativo prevê descontos e facilidades significativos para o pagamento dos débitos ali previstos, incluindo as multas aplicadas pelas agências reguladoras.

Essa medida, de nítido viés arrecadatório, transmite dois sinais ao mercado: primeiro, aos infratores, de que vale a pena pagar o preço (baixo) da violação. Os descontos, afinal, são uma facilidade que se soma a todas as dificuldades já relatadas pelas entidades reguladoras na tarefa de aplicar e arrecadar suas penalidades pecuniárias. Segundo, aos não infratores, de que vale a pena se corromper. É que, ao não distinguir entre bons e maus pagadores, entre violadores eventuais e sistemáticos da legislação, a Medida Provisória incentiva que os particulares cooperativos passem a descumprir a regulação. Por mais cônscios que eles sejam de seus deveres sociais e éticos, são agentes econômicos. Daí porque, em linha com os

[392] Cf. Processo nº TC 022.280/2016-2.
[393] RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. *Op. cit*., p. 117.
[394] O exemplo também foi abordado por RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. *Op. cit*., p. 117-118.

estudos de Ian Ayres e John Braithwaite acerca da regulação responsiva, podem ser levados a violar a lei se isso valer a pena. Para sobreviver, inclusive, já que o descumprimento da legislação, de tão vantajoso, pode se convolar em verdadeiro diferencial competitivo.

De tudo o que se expôs, fica a sensação de que há muito a percorrer no Brasil em matéria de conscientização, construção justificada e avaliação de modelos sancionatórios. Mas conhecer modelos teóricos e mapear dados são passos necessários para qualquer aperfeiçoamento de que se cogite. A análise levada a cabo pelo Tribunal de Contas da União tem seus méritos.

5 **INTERPRETAÇAO E APLICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO BRASIL: UM ESTUDO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

> (...) com a mesma força com que se sustenta que a eficácia administrativa não autoriza o atropelamento dos direitos dos cidadãos, deve-se afirmar também que os direitos destes não autorizam o bloqueio da eficácia administrativa, nem, muito menos, dos interesses dos demais cidadãos ofendidos por quem se presume infrator. O equilíbrio dessas forças é o que dá a medida do bom Direito Administrativo Sancionador.[395]

5.1 **Interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador no Brasil: insegurança jurídica e arrumação das ideias.**

No capítulo anterior, viu-se que de que forma o discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador pode iluminar o momento de criação dos modelos sancionatórios. A sanção administrativa não deve ser tida como uma consequência necessária e automática do descumprimento de uma obrigação pelo administrado. Nem como fim em si mesmo. É preciso que ela se apresente como uma resposta apropriada em cada contexto, à luz dos incentivos que potencialmente pode produzir.

Mas isso não basta. Ainda que concebida adequadamente, o momento seguinte, de interpretação e aplicação do regime jurídico relativo ao direito administrativo sancionador, pode colocar em xeque a funcionalidade da sanção administrativa.[396] Em outras palavras, dar ensejo a soluções hermenêuticas que ou comprometam a efetividade da punição,[397] ou

---

[395] NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 567. Tradução livre.

[396] Poder-se-ia falar, então, numa espécie de falha regulatória no momento da implementação da medida administrativa. Hipótese diversa seria se a sanção em tese, tal como concebida, não pudesse ser tida como apropriada para criar incentivos com vista ao cumprimento da regulação. Fosse esse o caso, haveria uma falha regulatória na concepção da medida, como no exemplo de uma penalidade considerada "barata" demais pelos agentes de certo setor regulado, os quais teriam, então, um incentivo "às avessas" para pagar o seu preço ao invés de adequar suas condutas. Sobre falhas regulatórias, v. SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.* e MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff de. *Racionalidade e otimização regulatórias*: um estudo a partir da teoria das falhas de regulação. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

[397] No âmbito penal, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 (STF, *Habeas Corpus* nº 126.292, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em: 17/02/2016, publicação em: 17/05/2016) exemplifica hipótese em que, ao ver da maioria dos Ministros, a interpretação até então conferida à garantia da presunção de inocência (inscrita no art. 5º, LVII, da CRFB) vinha comprometendo a efetividade da lei penal. Na oportunidade, o Tribunal alterou sua jurisprudência para admitir a execução da sentença condenatória após a sua confirmação em segundo grau, e não mais somente depois do trânsito em julgado. Entendeu-se que a exegese anterior levara não apenas à perda da credibilidade da Justiça Criminal, mas a um estado de coisas injusto, seletivo e desigual, em que incentivada a interposição reiterada de recursos com finalidade estritamente protelatória. Aquela era uma exegese, assim, que não mais refletia o sentimento constitucional e os anseios da sociedade. Nas palavras do Ministro Teori Zavascki, então relator: "(...) cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único

coloquem em risco a própria proteção dos direitos dos particulares. E, no Brasil, há sinais preocupantes de que isso vem acontecendo.

Os desajustes não são à toa. No campo hermenêutico, de fato são vários os desafios. O direito administrativo sancionador se espraia por setores bastante diversos; incide sobre atividades econômicas e sociais extremamente dinâmicas; demanda respostas rápidas e criativas; restringe e suprime direitos dos particulares em graus e com intensidades diferentes (e por isso atrai a necessidade de maior controle); funciona sob uma ótica de incentivos econômicos voltada a "empurrar" a maior conformação da conduta dos particulares à legislação. Como conciliar essas diferentes dimensões na definição do regime jurídico aplicável à disciplina? De que forma se pode construir um discurso teórico coerente (ou minimamente íntegro), que não descambe para afirmações generalistas (que a tudo servem) ou para exceções não motivadas (reproduzidas de forma acrítica)?

No Brasil, a maneira de se pensar e aplicar o direito administrativo sancionador no Brasil remete, de modo geral, a um raciocínio em dois passos: o primeiro, de extensão. O ponto de partida é usualmente a ideia de que as garantias e os princípios penais previstos na Constituição devam ser transpostos ao exercício do poder punitivo pela Administração Pública, como condição para se elaborar um regime jurídico garantista, adequado à proteção dos particulares contra o arbítrio estatal. Essa possibilidade (e mesmo necessidade) decorreria tanto da ideia da unidade do poder repressivo estatal (o *ius puniendi* único),[398] como do "*respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana*", como já teve a oportunidade de registrar o Superior Tribunal de Justiça.[399]

Mas há um segundo passo: de contração. É que prevalece no ambiente jurídico a percepção de que essa transposição, embora impositiva, deva ser feita com matizes. O direito administrativo sancionador, afinal, ocupou espaços e preencheu o dia a dia das pessoas para disciplinar situações da vida que são mais corriqueiras, especializadas, dinâmicas e

---

meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. (...)" (*Habeas Corpus* 126.292, acórdão citado, p. 18).

[398] Cuja construção teórica foi apresentada nos capítulos 1 (subitem 1.3.2) e 2 (item 2.2) da tese e será retomada no item a seguir.

[399] STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.559-PR, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento em: 03/12/2009, publicação em: 01/02/2010. *In verbis*: ""(...) à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina. (...)". No julgamento desse Recurso, o STJ estendeu ao processo administrativo sancionador a previsão dos arts. 615, §1º e 664, parágrafo único, do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941).

geralmente dissociadas de um juízo de reprovação moral. Daí a necessidade, muitas vezes, de se "adaptar" o ponto de partida garantista.[400]

O problema maior não são as adaptações em si (a rigor inevitáveis, já que estender à seara administrativa o regime rigoroso das garantias penais não seria factível), mas a forma como elas são construídas. Por vezes, sequer são justificadas. Não se explica *por que* ou *de que forma* a incidência de certo princípio deva ser atenuada, nem por que essa mitigação se aplicaria a certos casos, mas não a outros relacionados ao mesmo comando normativo. Outras vezes, remete-se a afirmações vazias, como à necessidade de se flexibilizar certa garantia por força das nuances do direito administrativo sancionador (que nuances?), ou diante da impossibilidade de se engessar a máquina administrativa.[401] Num e noutro casos, é como se as exceções fossem autoevidentes e intuitivas. Quando não são.

Assim, com a mesma naturalidade com que se maximizam garantias, excepcionam-se garantias. Sem muito bem se explicar por que nem como. E pior: de forma *ad hoc*. É como se o direito administrativo sancionador se movesse por intuições, guiado pela sensação de que aqui ou acolá determinadas exigências não fazem sentido. Como num ciclo vicioso perverso, propagam-se fórmulas nuançadas e construções excepcionais que buscam se legitimar a fórceps. Pela repetição e pela prática, e não pelo direito.

Essas dificuldades são agravadas pelo caráter heterogêneo da disciplina, que potencializa o risco de que certa "exceção" construída para moldar determinado princípio (como o da legalidade) em uma seara mais técnica (como a da regulação de pesos e medidas), simplesmente não "caiba" nas relações administrativas de outro setor destituído dessas particularidades (a exemplo do consumerista). Dessa forma, com a mesma naturalidade com que a exceção foi erigida, passa-se a defender o retorno ao paradigma mais amplo do *ius puniendi* único e da consequente transposição das garantias penais.

Em meio a esse ambiente teórico errático, o Poder Judiciário avança como um trem também desgovernado: ora a favor de um olhar mais garantista (associado, *e.g.*, à defesa da legalidade estrita na definição dos tipos e das sanções administrativos), ora de uma abordagem mais flexível (que enxergue na mera atribuição de poder de polícia à entidade

---

[400] É o que ilustra a doutrina de SANTOS, Eduardo Sens dos. *Op. cit.*, p. 5. *In verbis*: "A estruturação dos tópicos deste estudo já demonstra a opção metodológica de tentar aproximar as infrações administrativas do sistema das infrações penais. De fato, parece mais adequado buscar a formação de uma teoria da infração administrativa a partir de uma complexa e garantista teoria do delito penal, de inegável superioridade técnica. Obviamente, não se há de esquecer os necessários temperamentos, sem o que a adequação soaria forçada, além de contrariar critérios interpretativos como o da razoabilidade".

[401] Uma amostra dessas inconsistências teóricas foi apontada no capítulo 2 da tese, ao se abordar a literatura administrativista sobre o tema. No capítulo 6 a seguir, outros exemplos serão mencionados, relativos a decisões judiciais.

administrativa uma legítima delegação de competência para edição de regulamentos em matéria sancionatória).[402] É dessa forma, então, que a Justiça vai sendo distribuída: insegura, mas de certa maneira "democrática". Afinal, o cardápio de decisões é tão variado que serve a gostos diversos. Há precedentes para ratificar os mais variados pontos de vista.[403]

O presente capítulo parte desse cenário desafiador. Se o poder de punir na seara administrativa cresceu bastante e rápido demais, o discurso teórico associado à interpretação e aplicação de seu regime jurídico parece não ter evoluído no mesmo ritmo.[404] Daí a necessidade de um freio de arrumação nas ideias.

Metodologicamente, o capítulo será estruturado em duas partes. O item 5.2. busca explicar de que modo o discurso teórico de transposição de institutos do direito penal ao direito administrativo sancionador ganhou corpo na Espanha e de lá exerceu forte influência sobre outros ordenamentos jurídicos, como o chileno e o brasileiro. A despeito disso, hoje já são várias as críticas dirigidas a essa estratégia teórica, que evidenciam a necessidade de se construir um discurso sensível às particularidades da atividade administrativa sancionatória. Como fazê-lo?

A ideia central da tese é recorrer aos elementos definidos no capítulo 3 relativos ao discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador. Eles serão utilizados, a partir do item 5.3, para uma análise em torno do princípio da legalidade administrativa – que é um dos pilares da disciplina e objeto de importantes controvérsias. Sobre esse recorte, cabem duas ressalvas.

A primeira, quanto ao enfoque adotado: o da legalidade. Com efeito, um estudo mais completo e abrangente que abarcasse os demais princípios e direitos que integram o regime jurídico do direito administrativo sancionador extrapolaria o escopo do trabalho. O objetivo é

---

[402] Exemplos em torno da aplicação do princípio da legalidade no direito administrativo sancionador serão pontuados ao longo deste e do próximo capítulo.

[403] Referindo-se a igual problema no ordenamento jurídico espanhol, veja-se NIETO, Alejandro, *Op. cit.*, 2012, p. 574: "(...) Tendo o Direito Administrativo Sancionador sido construído sobre um conjunto de princípios – que, para maior ênfase, foram constitucionalizados – tem-se, como resultado, que nenhum deles é completamente confiável e que todos dependem dos caprichos de uma jurisprudência em ocasiões teimosa ou, de outra forma, errática. O que apenas desanimará aqueles que, de forma ingênua, acreditarem que o Direito é um mecanismo de certeza ou de previsibilidade, quando a realidade é que não se trata de um porto seguro, mas de um caminho áspero, em que cada passo deve ser dado com muita prudência". Tradução livre.

[404] Como observou Helena Regina Lobo da Costa: "A vertente sancionadora do direito administrativo vem se desenvolvendo de modo bastante veloz. (...) Ocorre que a expansão do direito administrativo sancionador positivo não foi acompanhada por um desenvolvimento de uma teoria geral desse fenômeno. Boa parte de nossa doutrina mencionava o tema como manifestação do denominado poder de polícia, mas sem aprofundamento sobre as características do ilícito administrativo, os limites do poder sancionatório estatal, a natureza da sanção e as garantias processuais correspondentes.". COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: a necessidade do desenvolvimento de uma política sancionadora integrada". In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 107-118, p. 109-110.

chamar a atenção para as correções de rumo necessárias na maneira de se raciocinar acerca do regime jurídico relativo às infrações e sanções administrativas de forma global, e não esmiuçar os desdobramentos dessa abordagem quanto a cada um dos preceitos normativos que integram (ou devem integrar) esse regime. A legalidade, diante de sua importância, servirá de guia.

A segunda diz respeito à análise específica proposta em torno do princípio da legalidade. Também o seu escopo é limitado. A uma, porque as diversas variáveis já mencionadas (a heterogeneidade, o dinamismo, a intensidade da incidência dos gravames e outras) tornam difícil, senão inviável, traçar conclusões exaustivas nesse campo. A duas, em razão de estrutura normativa própria dos princípios, cuja incidência é necessariamente em graus, de forma ótima, a partir do contexto normativo e das variáveis fáticas de cada situação.[405] Não haveria, assim, como prefixar em abstrato conteúdos estanques.

De todo modo, isso não invalida o esforço voltado à delimitação de premissas hermenêuticas adequadas, nem impede a definição, tanto quanto possível, de parâmetros mais gerais que possam auxiliar o intérprete e aplicador do direito em sua tarefa. É dessa forma que se pretende refletir acerca do princípio da legalidade. Não com o objetivo de definir um padrão certo, mas de densificar parâmetros apropriados, guiados pelo discurso de justificação, interpretação e aplicação proposto na tese.

5.2 **O discurso teórico de transposição de garantias do direito penal ao direito administrativo sancionador: desenvolvimento e críticas.**

5.2.1 A matriz espanhola do discurso teórico de transposição de garantias penais ao direito administrativo sancionador.

O discurso teórico que prega a transposição de garantias e princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador guarda forte influência do direito espanhol. A visão tradicional desenvolvida naquele país parte da premissa de que as infrações administrativas não se distinguem ontológica nem substancialmente das penas. O ordenamento punitivo do Estado é um só. Por isso, o regime jurídico aplicável ao poder de punir da Administração deve

[405] Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 215, Rio de Janeiro, Renovar, p. 151-179, jan./mar., 1999; e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

conter garantias similares àquelas existentes no âmbito criminal, sob pena de violação às liberdades e à segurança jurídica, ínsitas ao Estado de Direito.[406] Nas palavras de García de Enterría e Tomás-Rámon Fernández, isso é fundamental para que o direito administrativo sancionador não se converta em um "*Direito repressivo prebeccariano*".[407-408]

A ideia por trás dessa abordagem é a de conter um poder historicamente irmanado ao arbítrio. Uma potestade por muito tempo compreendida e aplicada fora dos limites do direito. Na Espanha, especificamente, esse poder fora exercido de forma ilimitada pelas monarquias ao longo do século XIX e ganhou novo fôlego no período da ditadura franquista (1939-1975). Daí a preocupação dos políticos e juristas espanhóis com a delimitação de balizas mais firmes e evidentes aplicáveis ao Poder Executivo, o que desaguou na positivação da matéria no texto da própria Constituição de 1978. De acordo com o seu art. 25:

> Artigo 25
>
> 1. Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões, caso não se configurem como delito, falta ou infração administrativa, no momento de sua produção, de acordo com a legislação vigente naquele instante.[409]

O dispositivo, além de aludir ao termo "sancionado" ao lado de "condenado" (com significados diversos, portanto), submete delitos, faltas e infrações administrativas a um mesmo tratamento. Isso tem permitido sustentar que a unidade do poder punitivo estatal – e a

---

[406] V. PUIG, Manuel Rebollo; CARRASCO, Manuel Izquierdo; SOTOMAYOR, Lucía Alarcón; ARMIJO, Antonio Bueno. Panorama del derecho administrativo sancionador en España. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 7, n. 1, jan./jun., p. 23-74, 2005; e PUIG, Manuel Rebollo; CARRASCO, Manuel Izquierdo; SOTOMAYOR, Lucía Alarcón; BUENO ARMIJO. Country Analysis – Spain. In: JANSEN, Oswald (Ed.). *Administrative Sanctions in the European Law*. Cambridge: Intersentia, 2013. p. 515-552.

[407] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon R. *Curso de Derecho Administrativo*, 9ª ed., v. 2, Madrid: Civitas, 2004, p. 167. Tradução livre.

[408] Em igual sentido, Luis Prieto Sanchis afirma que: "(...) se a identidade substancial que vimos não deve necessariamente ser traduzida na judicialização rigorosa de todo procedimento sancionador, ela põe em destaque que o ordenamento punitivo do Estado é um só, e que, portanto, nada justifica a tradicional separação entre os princípios e regras do direito penal e aqueles que têm inspirado o direito administrativo sancionador". SANCHIS, Luis Prieto. La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas em el Estado de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 2, n. 4, Janeiro-Abril, p. 99-122, 1982, p. 102. Tradução livre. Daí porque, para o autor, "a interpretação do princípio da legalidade em matéria de infrações não deve ser menos rigorosa do que em matéria de penas e delitos. Consequentemente, a satisfação deste princípio não exige apenas que as condutas e as sanções apareçam em uma norma anterior, mas também que essa norma seja uma lei " (*Op. cit*., p. 108; tradução livre).

[409] Confiram-se, ainda, os itens 2 e 3 do referido art. 25: "2. As penas privativas de liberdade e as medidas de segurança estarão orientadas à reeducação e à reinserção e não poderão consistir em trabalhos forçados. O condenado a pena de prisão que a estiver cumprindo gozará dos direitos fundamentais deste Capítulo, exceto daqueles expressamente limitados pelo conteúdo da condenação, pelo significado da pena e pela lei penitenciária. Em todo caso, terá direito a um trabalho remunerado e aos benefícios correspondentes da Seguridade Social, assim como ao acesso à cultura e ao desenvolvimento integral de sua personalidade. 3. A Administração Civil não poderá impor sanções que, direta ou subsidiariamente, impliquem privação de liberdade". Tradução livre.

consequente unidade de tratamento jurídico – seriam um imperativo constitucional. Nas palavras de García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández:

> Essa situação [caracterizadora de um Direito de Polícia], determinada pela formação histórica desse poder administrativo, por sua evolução independente como um simples instrumento de efetividade coercitiva, sem outras considerações, em razão da inexistência de um quadro normativo comum no qual se integrasse cada uma de suas manifestações singulares, tentou-se corrigir tardiamente com a entrada em jogo dos princípios gerais do Direito Penal concebidos como princípios gerais do Direito Sancionador. É a jurisprudência anterior à Constituição (...) que restará confirmada pela Constituição mesma. Como se sabe, o artigo 25 da Constituição incluiu em uma mesma fórmula as penas e as sanções administrativas no que tange à aplicabilidade dos princípios da legalidade, da tipicidade e da irretroatividade. Mas essa regulação unitária pode ser entendida de forma ainda mais extensa (...).[410]

A jurisprudência dos tribunais de cúpula espanhóis[411] confirma a mencionada perspectiva unitária.[412] No julgamento do Recurso de Amparo nº 101/1980,[413] *e.g.*, o Tribunal Constitucional Espanhol assentou o entendimento de que os princípios processuais consagrados no art. 24 da Constituição[414] aplicam-se também à atividade sancionatória da Administração Pública (ainda que com certos matizes), embora o dispositivo aluda apenas a "*juízes e tribunais*". Entendeu-se que a extensão dos princípios penais deve ocorrer na abrangência necessária para a preservação dos valores essenciais subjacentes à segurança jurídica e encartados no próprio art. 24.

No âmbito do Tribunal Supremo, é exemplo dessa abordagem garantista a sentença proferida em 17 de fevereiro de 1981,[415] em que se discutiu o direito do administrado à presunção de inocência. A *ratio* perfilhada pelo Colegiado foi a de que o administrado não pode jamais ocupar posição pior do que a do delinquente. Por isso, se a condenação penal do

---

[410] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon R. *Op. cit*., p. 168. Grifou-se. Tradução livre.

[411] Na Espanha, a função de corte constitucional incumbe ao Tribunal Constitucional (para assegurar direitos e garantias constitucionais). Já o órgão de cúpula do Poder Judiciário, de âmbito nacional, é o Tribunal Supremo (com competência cível, penal, de contencioso administrativo e social), cf. o art. 123, 1, da Constituição Espanhola de 1978.

[412] É o que atestam NIETO, Alejandro. *Op. cit.*; e SANCHIS, Luis Prieto. *Op. cit*. Os precedentes mencionados no texto foram extraídos dos referidos trabalhos.

[413] Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença Constitucional nº 4/1980, Sala Primera, Recurso de Amparo nº 101/1980, de 19 de setembro de 1980.

[414] *In verbis*: "Artigo 24: 1. Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possam revelar-se indefesas. 2. Da mesma forma, todos têm direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e assistência de um advogado, a serem informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, a não testemunharem contra si mesmos, a não confessarem culpa e à presunção de inocência. A lei regulará os casos em que, por razão de parentesco ou de segredo profissional, não se estará obrigado a declarar sobre os fatos presumidamente delitivos". Tradução livre.

[415] Sala Cuarta. Ponente, señor don JOSÉ MARÍA RUIZ-JARABO FBRRÁN. *Aranzadi* número 629. Referência extraída de SANCHIS, Luis Prieto. *Op. cit*., p. 113.

potencial criminoso depende de uma prova robusta do ilícito, na seara administrativa "*também é necessário provar a verificação completa da base factual da sanção*".[416] Sem essa exigência, as liberdades humanas estariam em risco.

Trata-se, como se vê, de uma construção claramente defensiva associada a razões históricas.[417] Essa equiparação entre as sanções foi projetada e positivada como uma espécie de reação ao arbítrio da Administração Pública, para servir de fundamento a um regime jurídico acentuadamente garantístico também na seara administrativa. É uma ótica, então, que enxerga o direito administrativo sancionador (ao menos primordialmente) não como um instrumento a serviço da realização de finalidades de interesse público a cargo da Administração, mas como um escudo de proteção de garantias e liberdades dos particulares.

O que não está errado. A proteção dos direitos dos administrados, inclusive, foi explicitada no capítulo 3 como um dos pilares associados ao componente funcional do discurso de justificação de aplicação do direito administrativo sancionador. Os equívocos, na verdade, são outros. Eles passam tanto por considerar que essa vertente garantista seja a única merecedora de atenção (quando há, também, preocupações relevantes em torno da efetividade e eficiência dos modelos sancionatórios); quanto por assumir que a proteção adequada aos direitos dos administrados exija igual rigor daquela prevalecente no direito penal, desconsiderando-se as nuances próprias de cada uma das atividades punitivas. O tópico a seguir abordará justamente esse olhar crítico.

---

[416] SANCHIS, Luis Prieto. *Op. cit*., p. 114. Tradução livre.

[417] Embora por razões diversas, uma construção defensiva e garantista também pode ser extraída da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ("TEDH"). Com efeito, o TEDH fixou um conceito unitário de "infração criminal", voltado a abarcar, para os fins de aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, todo tipo de ofensa tida como materialmente penal, ainda que classificada em seu país de origem como administrativa. Essa construção foi uma resposta a alegações de diversos Estado-Membros que, processados por violações à Convenção Europeia de Direitos do Homem – especialmente às garantias previstas nos arts. 6º e 7º, que asseguram um processo equitativo e o princípio da legalidade –, alegavam que as sanções por eles aplicadas seriam meramente administrativas. O precedente paradigmático nesse sentido foi a Sentença de 21 de fevereiro de 1984, referente ao caso Öztür v. República Federal da Alemanha (*Application* nº 8544/79). Em sua decisão, o TEDH reconheceu que os Estado-Membros são de fato livres para definir suas estratégias de políticas públicas, e, por isso, podem estruturar seus sistemas punitivos por meio de infrações penais e/ou regulatórias. Essa discricionariedade, contudo, não pode levar a resultados incompatíveis com os propósitos garantísticos da Convenção, especialmente quanto à aplicação dos arts. 6º e 7º. Em cada caso, é preciso verificar quando uma ofensa formalmente regulatória constitui uma infração materialmente criminal para os fins da Convenção, a exigir a incidência das regras e princípios protetivos. Para tanto, segundo o Tribunal, deve-se verificar, primeiramente, (i) se, de acordo com o sistema legal do respectivo Estado-Membro, a infração foi ou não tipificada como criminal. De toda forma, essa classificação é apenas relativa. Assim, ainda que uma conduta seja tida como meramente administrativa pela legislação interna, urge avaliar, em seguida, (ii) a natureza dessa ofensa e (iii) a gravidade da sanção.

5.2.2 Reflexos do discurso de transposição de garantias (inclusive no Brasil): a necessidade de se construir uma identidade própria para o direito administrativo sancionador.

O discurso de transposição de garantias de um campo a outro se espraiou. Para o Chile, por exemplo.[418] Raúl Letelier[419] explica que, entre 1970 e 1990, aquele país experimentou uma onda de intensificação do controle dos atos da Administração Pública que levou à necessidade de se importarem ou criarem explicações jurídicas voltadas a respaldar o exercício desse controle. Para o sucesso dessa tarefa, era fundamental que as construções adotadas não fossem complexas nem enveredassem por raciocínios mais sofisticados em torno de suas consequências práticas. A tese das nulidades imprescritíveis é exemplo desse esforço teórico. Ao lado dela (e de outras), o jurista destaca a disseminação do discurso de transposição das garantias do direito penal ao direito administrativo sancionador,[420] respaldado em formulações ainda mais genéricas – e de fácil compreensão –, como a alusão à dignidade da pessoa humana e ao Estado de Direito. Sempre como bandeiras contra a arbitrariedade.

Ocorre que, passada essa primeira fase – importante e necessária – em torno da construção de explicações, sua viabilidade prática teria sido colocada em xeque. Nas palavras de Raúl Letelier, o "*contato contínuo com casos concretos mostra sua precariedade*".[421] Isso responde pela preocupação crescente quanto aos efeitos desses raciocínios jurídicos, especialmente sobre o funcionamento da Administração Pública, em uma espécie de segunda onda de controle: agora, voltada a corrigir rumos.

Tanto assim que, segundo o autor, a Corte Suprema de Justiça do Chile proferiu em 2014 um julgado paradigmático na matéria administrativa sancionatória. Ao apreciar o caso

[418] De que é exemplo o entendimento de QUINZACARA, Eduardo Cordero. *Op. cit*. Noticiando essa influência na Colômbia, v. PINILLA, Nilson. *Op. cit*., p. 88.
[419] LETELIER, Raúl. *Garantías penales y sanciones administrativas* - a propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el llamado caso Mackenna. [S.l.: s.n., 20--]. Disponível em: <https://goo.gl/VEzbFa>. Acesso em: 13 jun. 2017.
[420] É também o que afirma Pablo Soto Delgado. De acordo com o autor, a proposta geral que, com mais ou menos variações, se encontra vigente no Chile é aquela que, "seguindo a doutrina espanhola, afirma a validade dos princípios - materiais processuais - e constitucionais aplicáveis ao *ius puniendi* quando a Administração sanciona, pois sanções penais e sanções administrativas teriam a mesma origem" DELGADO, Pablo Soto. *Op. cit*., p. 193. Reconhecendo também a influência do direito espanhol no ordenamento jurídico chileno, v. QUINZACARA, Eduardo Cordero. *Op. cit*., p. 132.
[421] LETELIER, Raúl. *Op. cit*. Tradução livre. Na íntegra: "No entanto, transcorrido o tempo dessas necessárias explicações, seu contato reiterado com os casos concretos vai mostrando de maneira fatídica sua precariedade. Os pedidos de anulação de atos administrativos editados 20 ou 30 anos antes mostram, por exemplo, o absurdo da imprescritibilidade. Indenizações requeridas em matéria de responsabilidade médica pública mostram a inconsistência de não se considerar a culpa como principal título de imputação. Pois bem, o mesmo está ocorrendo agora com o tema das sanções administrativas".

Mackenna,[422] o Tribunal, procedendo a um verdadeiro "giro" exegético e funcional, relativizou o entendimento até então prevalecente de que sanções penais e administrativas estariam sujeitas às mesmas imposições garantísticas derivadas de sua origem comum (o *ius puniendi* estatal único),[423] para afirmar que essa origem não autoriza "*aplicar de modo automático as normas e princípios próprios do direito penal ao direito administrativo sancionador*".[424] Trata-se de incidência que deve ocorrer dentro das margens do devido procedimento administrativo em geral – e sancionatório em particular –, sem perder de vista *"o contexto que o legislador considerou para optar por uma ou por outra sanção*".[425] *In verbis*:

> (...) o recurso aos princípios do direito penal não deve levar à desnaturalização do poder administrativo sancionador de modo que com isso se desconheçam a intenção e as finalidades que o legislador levou em consideração no momento em que recorreu ao poder sancionatório para dotar de eficácia as instituições jurídicas que estabelece por ocasião da regulação de distintas matérias.[426]

---

[422] Corte Suprema do Chile, Caso Mackenna ou "Fisco de Chile con Dörr Zegers, Maria Teresa y otros", Causa nº 1079/2014 (Otros). Resolución nº 239440 de Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional) de 30 de Octubre de 2014. Disponível em: <https://goo.gl/LM3E3w>. Acesso em: 19/07/2017. No julgamento, a Corte deu provimento ao recurso de cassação interposto pelo Governo chileno contra decisão proferida pela Corte de Apelações de Santiago, que entendera, com base no princípio da pessoalidade da sanção, ser inexigível dos herdeiros de Luis Fernando Mackenna Echaurren o pagamento de multa administrativa aplicada pela Superintendencia de Valores y Seguros. Ao ver da Corte de Apelações, o falecimento do infrator no curso do processo administrativo contencioso instaurado para impugnar a penalidade impediria a cobrança da exação. Entendeu-se que os atos administrativos sancionatórios seriam personalíssimos, dada a sua natureza repressiva, análoga à das penas. Assim, apesar de não existir no Chile previsão legal que proibisse a transmissão da multa administrativa, aplicar-se-ia, *mutatis mutandis*, a máxima do direito penal de que a morte é causa de extinção da pena. Tanto o caráter personalíssimo da sanção, como a extinção da responsabilidade com a morte do infrator, seriam princípios gerais do *ius puniendi* único. Já para a Corte Suprema, o falecimento do infrator não afastaria a exigibilidade da multa, a ser paga pelos herdeiros, nos limites da herança. Segundo a Corte, há de se distinguirem os campos penal e administrativo. No direito penal, a responsabilidade se aperfeiçoa com a sentença condenatória proferida por um órgão jurisdicional e transitada em julgado, como manifestação máxima do princípio da presunção de inocência e do viés de *ultima ratio*. No direito administrativo, de sua vez, a responsabilidade se materializa já no momento em que proferido o ato administrativo pela autoridade competente. A sanção, neste caso, funciona como "um instrumento concreto e eficaz para a satisfação do interesse geral e para a proteção de determinados bens jurídicos que em determinados casos devem prevalecer sobre interesses particulares ou privados" (Caso Mackenna, decisão citada, considerando nº 9, cit. Tradução livre). Por isso, realmente não faz sentido nem é necessário prosseguir com o processo penal se o imputado falecer no seu curso. Como o *telos* do processo criminal é precisamente constituir a responsabilidade do ofensor, o seu falecimento implica a perda do objeto. Já o processo administrativo contencioso é instaurado para controlar a legalidade da atuação da autoridade pública, e não propriamente para constituir a obrigação. Nele, são analisados tanto requisitos procedimentais, quanto a observância das garantias materiais reconhecidas ao administrado.

[423] Raúl Letelier explica que, antes, a Corte já teria avançado para admitir a transposição das garantias com matizes. Mas ainda de forma limitada. Para ilustrar, ele remete à seguinte decisão da Corte Suprema: Corte Suprema do Chile, Causa nº 479/2011 (Casación). Resolución nº 104625 de Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta) de 28 de Diciembre de 2012. LETELIER, Raúl. *Op. cit.*

[424] Caso Mackenna, decisão citada, considerando nº 9, cit. Tradução livre.

[425] Caso Mackenna, decisão citada, considerando nº 9, cit. Tradução livre.

[426] Caso Mackenna, decisão citada, considerando nº 9, cit. Tradução livre.

Mesmo na Espanha, a extensão automática de princípios e garantias penais à seara administrativa já é objeto de críticas contundentes. É exemplo a opinião de Alejandro Nieto,[427] para quem a constitucionalização da matriz normativa aplicável ao direito administrativo sancionador, naquele país, foi um equívoco. A estratégia, segundo ele afirma, foi disseminada por políticos e estudiosos como supostamente necessária para se conferir consistência ao exercício do poder punitivo pela Administração.[428] Na prática, contudo, isso propiciou um regime jurídico excessivamente rígido. Tudo reforçado por decisões judiciais favoráveis à larga extensão de princípios penais à seara administrativa (como os da legalidade estrita, da tipicidade e da culpabilidade).

O resultado são entraves sérios ao funcionamento eficiente e regular da Administração Pública. Um problema que, a rigor, enseja outro. É que, não sendo possível flexibilizar o regime jurídico do direito administrativo sancionador pela via infraconstitucional, os juristas espanhóis têm sido levados a desenvolver técnicas que "falsifiquem" ou "manipulem" os princípios constitucionais, com vista a adaptá-los. Nas palavras de Nieto:

> Note-se, então, a incongruência do processo: para dar consistência ao novo Direito Administrativo Sancionador, procedeu-se a uma primeira falsificação jurídica por meio da manipulação dos textos constitucionais; logo depois, quando se percebeu que o sistema não poderia funcionar assim, e que tampouco poderia ser remediado por leis ordinárias, já que assim proibia a norma constitucional, recorreu-se a uma segunda falsificação, agora mediante a manipulação dos princípios pretensamente constitucionais.[429]

Daí a conclusão do autor: na Espanha, vivem-se "*as consequências da frivolidade de se haver confundido uma garantia com um regime de tremendo rigorismo*".[430] O direito administrativo sancionador carece de uma identidade própria; de uma dogmática responsiva a elementos que não aqueles absorvidos do direito penal. Por mais paradoxal que a ideia possa soar, então, o que ele prega é que haja uma "administrativização" do direito administrativo sancionador.

---

[427] NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 565-567.

[428] " "Em 1978, acreditavam os políticos e os professores espanhóis que começava uma nova era, e que, a partir da hora zero, seria possível formar-se um novo Direito, sem outra ajuda que não a Constituição, garantia absoluta da felicidade perfeita, ao estilo dos panfletários de 1812". ". NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 566. Tradução livre.

[429] NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 566. Tradução livre.

[430] NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 566. Tradução livre.

E no Brasil? Tal como no Chile, o discurso de extensão de garantias penais à seara administrativa também encontrou terreno fértil.[431] Trata-se de uma construção teórica simples que, no processo de redemocratização do país, pôde servir bem aos anseios de intensificação do controle jurídico sobre a atividade do Poder Executivo.[432] O país, afinal, também sofreu os efeitos de uma trajetória ditatorial e herdou um arcabouço teórico permeado de construções autoritárias.[433] Com o advento da Carta de 1988, impôs-se uma ampla reconstrução dessas práticas, inclusive quanto ao exercício do poder punitivo pela Administração Pública. Mesmo porque, embora não exista uma previsão específica na Constituição a esse respeito, ela é pródiga tanto em assegurar direitos e garantias fundamentais, quanto na positivação de normas voltadas a conformar a atividade do Estado-Administrador.

Logo, embalado pelo fenômeno de constitucionalização do direito – inclusive do direito administrativo[434] – e pelo processo de renovação por que passou o direito administrativo em geral,[435] o discurso de transposição de garantias penais previstas na Constituição ao campo administrativo pôde disseminar-se com ampla aderência. Foi alimentado, ainda, pelo sentimento geral de que o direito administrativo sancionador, diante da magnitude alcançada, não pode não estar submetido a um regime jurídico frágil; frouxo. Daí a tese da extensão de garantias penais como discurso voltado a impedir o desvio de

---

[431] Tanto na doutrina, como se viu no capítulo 2, quanto na jurisprudência, como ficará mais claro ao longo deste e do capítulo 6. O que não quer dizer, vale a ressalva, que em todo e qualquer caso a adoção dessa premissa, do *ius puniendi* único, leve a resultados tidos como garantistas. Isso porque, como já se mencionou, os raciocínios construídos muitas vezes o são em duas etapas. Após a primeira etapa de extensão, é possível que a delimitação de matizes ou de exceções afastem a aplicação da norma penal ao campo administrativo – até desfavoravelmente ao particular. Ainda nesses casos, contudo, percebe-se a influência teórica da ideia do *ius puniendi* único como ponto de partida para a construção dos raciocínios.

[432] Intensificação do controle que pode ser tida como reflexo de uma tendência mais ampla identificada por Carlos Ari Sundfeld: "Na dinâmica da redemocratização brasileira a partir da década de 1980 foi importante a estratégia de usar instrumentos jurídicos (o Judiciário, os processos, as normas etc.) para forçar o debate sobre questões públicas, que no mundo da Política ainda não se fazia no modo amplo da Democracia. Era o campo jurídico como arena da Política, que fazia sentido incentivar. Mas essa estratégia se tornou anacrônica". SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 239.

[433] A exemplo do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Sobre a necessidade de uma releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, veja-se SARMENTO, Daniel. *Op. cit*. Para uma crítica específica dirigida ao direito administrativo sancionador no campo disciplinar, no sentido da manutenção de um viés ainda "inquisitorial", v. BRANDÃO, Manoel Felipe Rêgo. Processos disciplinares estão num nível próximo do processo inquisitorial. São Paulo: *Revista Consultor Jurídico* – CONJUR, 2017. Disponível em: <https://goo.gl/nm9N6v>. Acesso em: 29 out. 2017.

[434] Sobre a constitucionalização do direito administrativo, v. BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a* Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./maio, 2008. Disponível em: <https://goo.gl/5ov994>. Acesso em: 10 de out. de 2017; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 399-403.

[435] Cf. BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo: 15 anos depois. Reflexões críticas e desafios para os próximos quinze anos. In: BRANDÃO, Rodrigo; BAPTISTA, Patrícia (Orgs.). *Direito Público*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 385-410.

finalidade legislativo. Isto é, que o legislador, maliciosamente, opte pela definição de tipos e sanções administrativos ao invés de penais apenas para vulnerar as garantias dos particulares.[436]

Em suma, trata-se de uma abordagem de viés garantista que cumpriu um papel. E ainda cumpre.[437] O que não quer dizer – e esse é o ponto – que não haja a necessidade de um redirecionamento. A rigor, essa "virada" exegética é fundamental por pelo menos três razões. Primeiro, para redimensionar a extensão de garantias penais quando, de uma ótica finalística e funcionalmente adequada, elas não se justifiquem no campo administrativo (por motivos de efetividade, por exemplo). Segundo, para testar a legitimidade de exceções e adaptações já construídas pela doutrina e pela jurisprudência, mas desprovidas da devida justificação (e que, justamente por isso, podem ser revelar inadequadas). Terceiro, para desfazer uma espécie de inversão de lógica que prepondera na literatura administrativista.

Com efeito, tal como se viu no capítulo 2, os autores usualmente partem do regime jurídico estabelecido pelo legislador para definir a natureza jurídica da sanção – se administrativa ou penal. O critério utilizado, portanto, é estritamente formal e vazio de significado. Mais ainda: sua aplicação leva um raciocínio circular. Diz-se que a sanção é administrativa porque seu regime jurídico é de direito administrativo e que o regime é de direito administrativo porque a sanção é administrativa. Mas faltam parâmetros que orientem o intérprete e aplicador do direito, o que abre espaço às inconsistências e perplexidades mencionadas no item 5.1. acima.

Daí a proposta da tese de se desfazer essa inversão. Ou seja: partir dos atributos reconhecidos à sanção administrativa (*i.e.*, de sua razão de ser, de seus fins, de seu caráter instrumental, daquilo que é peculiar do ponto de vista funcional) para, somente então, definir-se o seu regime jurídico. A sua fisionomia própria. A ideia, portanto, é que esses elementos iluminem a tarefa de interpretação e aplicação dos princípios e regras aplicáveis à atividade sancionatória da Administração Pública, e não o contrário.

---

[436] É a opinião de Rafael Munhoz de Mello, para quem, se as garantias não forem comuns e comunicáveis, o legislador pode "burlar" a Constituição. Isto é, tipificar certas condutas como ilícitos administrativos, ao invés de penais, somente para "escapar" de um regime mais protetivo. MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. cit.*, p. 106.

[437] Como explicam Patrícia Baptista e Daniel Capecchi: "Com a transição para o regime democrático, a reelaboração do desenho institucional do Estado brasileiro foi visível. Apesar dos problemas oriundos de várias escolhas do constituinte, é impossível negar a transformação para um modelo de Estado mais democrático e menos opaco. No entanto, às margens desse processo de transformação estrutural, muitos dos elementos da prática administrativa e da relação entre a cidadania e os órgãos burocráticos mantiveram traços da mentalidade do regime anterior. Em outras palavras, a prática administrativa da burocracia estatal permaneceu com fortes tons autoritários, a despeito das importantes mudanças institucionais". BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1938-1960, 2016. Disponível em: <https://goo.gl/n3KYVE>. Acesso em: 11 nov. 2017.

Isso será levado a cabo, como se mencionou, sem a pretensão de esgotar o assunto ou de apresentar respostas completas, já que a definição do regime jurídico do direito administrativo sancionador é uma tarefa em permanente construção. O objetivo do capítulo é apenas delimitar ajustes que possam contribuir para dotar de maior legitimidade e racionalidade a compreensão do direito nesse campo das relações humanas. O princípio da legalidade servirá de guia.

5.3 **O princípio da legalidade no direito administrativo sancionador brasileiro. Parâmetros.**

Um dos temas mais debatidos e controvertidos no direito administrativo sancionador diz respeito ao princípio da legalidade.[438] Há dúvidas relevantes a serem dirimidas, como as seguintes: tendo em vista a natureza comum do *ius puniendi* estatal, o princípio da legalidade, tal como compreendido no direito penal, deve ser estendido à seara administrativa, de modo que os tipos e sanções estejam todos especificamente previstos em lei em sentido formal? Ou o princípio da legalidade se aplica à competência sancionatória da Administração Pública como no direito administrativo em geral, com boa dose de flexibilidade? Se não for assim, como delimitar os contornos de uma incidência diferenciada para o direito administrativo sancionador?[439]

Os questionamentos são vários. Pertinentes e relevantes. O problema é que, no cenário atual, as respostas também têm sido várias e contraditórias. Na falta de sistematização e coerência, o que se observa é um ambiente de pouco entendimento e de elevada imprevisibilidade, que resulta em um incremento generalizado dos custos para os diversos atores envolvidos. Para os administrados, que não sabem como agir, o que esperar e o que

---

[438] A rigor, o princípio da legalidade, enquanto pilar da disciplina, é tema central nas diversas áreas do direito administrativo. V., por exemplo: OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003; BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 231-280; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 131-206; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil.* São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 368-376; ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 236, Rio de Janeiro: Renovar, p. 51-64, abr./jun., 2004; CYRINO, André Rodrigues. *Delegações legislativas e poder regulamentar:* política e direito da administração pública brasileira. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

[439] A importância da discussão foi salientada por Carlos Ari Sundfeld: "Pela abrangência e importância econômica da ação punitiva da Administração na atualidade, a existência, ou não, de reserva de lei em matéria de infrações e sanções administrativas é possivelmente a maior das discussões sobre regulamentos entre publicistas em geral". SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 258.

exigir como direitos passíveis de proteção; para o Poder Judiciário, inundado de processos em que se questiona a legalidade da atuação sancionatória do Poder Executivo; para a própria Administração Pública, que se vê imersa em um quadro de desorientação generalizada sobre como atuar e avaliar os custos associados à tomada de suas decisões (sujeitas, muitas vezes, a amplos questionamentos); e para a sociedade em geral, pelo quadro de insegurança regulatória que incentiva comportamentos oportunistas[440] e prejudica a realização dos fins verdadeiramente públicos.

Em uma tentativa de contribuir para arrumar as ideias, os itens a seguir serão estruturados da seguinte forma: no item 5.3.1, demonstrar-se-á por que o princípio da legalidade no direito administrativo sancionador não pode ser equiparado à legalidade penal. Partindo dessa premissa, é preciso investigar, então, se o princípio deve se expressar no direito administrativo sancionador tal como no direito administrativo em geral (item 5.3.2). À luz dos elementos que integram o discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador, ver-se-á que não. Deve-se reconhecer, em primeiro lugar, uma reserva de lei relativa e material para a definição das infrações e das sanções (item 5.3.3). Essa reserva é compatível com a edição de leis de densidades normativas diversas, mas exige, no mínimo, habilitação legal explícita e remissão legal suficiente (item 5.3.4). Além disso, há de haver sempre predeterminação normativa suficiente (mas não necessariamente legal) das condutas e penalidades passíveis de serem aplicadas (item 5.3.5).

Delimitados esses parâmetros, o item 5.3.6 trata de um *distinguishing* necessário. De fato, há um cuidado especial a que deve atentar o aplicador do direito. É que a legalidade administrativa também opera fora do campo específico de definição de infrações e de sanções. Quando for esse o caso, há razões para se reconhecer, a princípio, um espaço de criação mais livre pela Administração Pública, em que a legalidade se manifeste com sentido e alcance diversos. Eis uma diferenciação fundamental que não pode passar despercebida.

5.3.1 Legalidade no direito administrativo sancionador versus legalidade penal.

Em que pesem as aproximações defendidas ou sugeridas pela literatura[441] e pela jurisprudência,[442] o princípio da legalidade no direito administrativo sancionador não pode –

[440] A exemplo do cometimento reiterado de infrações por certo agente regulado, confiante de que, em função de um quadro de divergência de entendimentos generalizado, obterá a anulação dos respectivos autos de infração pelo Poder Judiciário – ou da maioria deles.

[441] Para Edilson Pereira Nobre Jr., em texto publicado no ano de 2000, a reserva de lei em sentido estrito prevista no art. 5º, XXXIX, da Constituição, incide também no campo das punições administrativas. Isso porque,

nem deve – tomar como parâmetro o sentido da legalidade prevalecente no direito penal (como instrumento rígido de proteção dos indivíduos e suas liberdades contra o arbítrio estatal). É verdade que isso, a rigor, sequer é defendido em termos absolutos no meio jurídico. Mesmo os adeptos de um regime jurídico mais garantista, estribado na ampla transposição de princípios da seara penal ao âmbito administrativo, não sustentam a completa equiparação entre as legalidades. De modo geral, diz-se que o princípio se estende à seara administrativa com matizes. Ainda assim, essa atenuação gera confusões.

A uma, porque fortalece a caracterização indevida do direito administrativo sancionador como uma espécie de "costela" do direito penal, sujeita, por derivação, à incidência da mesma principiologia. A duas, porque a necessidade dos matizes, mesmo quando reconhecida, não os torna autoevidentes. E pregar a mitigação sem que se ofereçam critérios para definir quando e como a incidência do princípio da legalidade ganha cores próprias de pouco adianta. É preciso deixar as coisas mais claras.

O ponto de partida é o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República ("*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*"), do qual se extrai hipótese de reserva de lei tida como formal e absoluta para a criação de delitos e de penas.[443] Reservas legais, vale explicar, são campos delimitados pelo legislador constituinte cujo

---

segundo o autor: "(...) A uma, em decorrência da consentida aplicação, no âmbito administrativo, dos princípios do Direito Penal. Em segundo lugar, o Estado Democrático de Direito, idealizado pela vigente Lei Fundamental (art. 1º), caracteriza-se pela crescente limitação, em prol da liberdade dos indivíduos, das zonas de imunidade de poder atribuídas à função administrativa. Desse modo, não se concebe que tão relevantes atribuições, como a definição de infrações e respectivas penas, possa ficar entregue à discrição do administrador, que as materializará através de regulamento, para cuja elaboração não há a emissão volitiva da sociedade, representada pelos titulares de mandato legislativo. (...) Em suma, somente à lei compete a definição das infrações administrativas e respectivas penas". NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *Op. cit.*, p. 131-132.

[442] Na jurisprudência, essas aproximações são incentivadas pelo uso de expressões genéricas aplicadas ao direito administrativo sancionador, como "legalidade estrita", "reserva legal" e "tipicidade", desacompanhadas de explicações que, em cada caso, explicitem qual o sentido específico extraído do princípio da legalidade (como ficará mais claro no capítulo 6 da tese). Em outros casos, a equiparação com o direito penal é explícita, como no acórdão proferido em: Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF 1, Apelação Cível nº 0029756-89.2000.4.01.0000, Oitava Turma, Rel. Des. Maria do Carmo Cardoso, julgamento em: 14/12/2007, publicação em: 11/04/2008, p. 383. Confira-se o seguinte trecho da fundamentação: "Para que seja válida e eficaz a norma incriminadora deve ser taxativa, deve descrever o núcleo essencial da conduta proibida. Não vale para tanto afirmar que as infrações à Lei e às normas baixadas pelo CONMETRO sujeitarão o infrator a penalidades (art. 9º), pois a assertiva é obscura e abre margem a discricionariedade do administrador na verificação de infrações e imposição de sanções, o que é vedado – *nula poena sine praevia lege* – não há crime sem lei anterior que a defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX, CRFB/1988), preceito a ser observado também para o caso de infração administrativa".

[443] "O dispositivo (artigo 5º, XXXIX da CRFB) contém uma reserva absoluta de lei formal, que exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e de estabelecer penas. Demais, a definição legal do crime e a previsão da pena hão que preceder o fato tido como delituoso. Sem lei que o tenha feito não há crime nem pena." SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 39ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 432. Ver também: BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 61-83.

tratamento dependerá da edição de lei em sentido formal ou material.[444] No caso citado, a reserva é dita *formal*, e não material, porque somente o ato normativo primário editado pelo Poder Legislativo pode tratar dessa matéria (a lei em sentido estrito), segundo o rito próprio estabelecido na Constituição. Daí a vedação, inclusive, prevista no art. 62, §1º, I, da CRFB, quanto à edição de medidas provisórias (leis em sentido material) que tratem da matéria relativa a direito penal e processual penal. Ademais, a reserva é tida como *absoluta*, ao invés de relativa, porque não só é a lei quem pode definir os tipos e as sanções penais, como deve fazê-lo, a princípio, de modo exaustivo, sem deixar espaço para a criação normativa por atos infralegais.[445]

Esse padrão rigoroso de legalidade não se estende ao direito administrativo sancionador. Em primeiro lugar, porque não há na Constituição a previsão de reserva legal específica, nos moldes da penal, para a instituição de infrações e de sanções administrativas. E não se pode interpretar de modo extensivo a reserva absoluta do art. 5º, inciso XXXIX, para sustentar uma limitação implicitamente pretendida pelo constituinte. As hipóteses reservadas pela Constituição à lei em caráter absoluto são restrições severas ao exercício de poder normativo pelo Poder Executivo. Não há como interpretá-las de modo expansivo, sem incorrer em violação ao específico arranjo instituído pelo constituinte em matéria de separação de Poderes.

Mas também sob a ótica substantiva não se encontram subsídios para a indigitada extensão. Remete-se, aqui, aos elementos finalístico e funcional apontados no capítulo 3. Nem os propósitos a que serve a legalidade estrita penal, nem o padrão operativo deste campo do

---

[444] Sobre as diferentes classificações das reservas de lei, v. BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 153-158. Como ali se expõe, as reservas de lei podem ser classificadas em: formal e material, de acordo com o órgão responsável pela normatização; absoluta ou relativa, de acordo com o grau de densificação normativa exigido na lei; e qualificada ou não qualificada, de acordo com a existência ou não de finalidades fixadas na própria Constituição para a normatização da matéria. Ainda sobre o tema, confira-se a explicação de Luis Roberto Barroso: "Fala-se de reserva legal absoluta quando se exige do legislador que esgote o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos que vão aplicá-la. Será relativa a reserva legal quando se admitir a atuação subjetiva do aplicador da norma ao dar-lhe concreção. De parte isso, também é possível distinguir a (a) reserva de lei formal da (b) reserva de lei material. Haverá reserva de lei formal quando determinada matéria só possa ser tratada por ato emanado do Poder Legislativo, mediante adoção do procedimento analítico ditado pela própria Constituição, que normalmente incluirá iniciativa, discussão e votação, sanção-veto, promulgação e publicação. A Constituição contempla, de outra parte, atos normativos que, embora não emanados diretamente do Legislativo, têm força de lei. Dizem-se, assim, atos materialmente legislativos, gênero onde se situam espécies normativas como as medidas provisórias e as leis delegadas". BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras, Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, jul., 2002, p. 306-307. Disponível em: <https://goo.gl/K2HhJn>. Acesso em: 02 nov. 2017.

[445] Diz-se "a princípio" porque a existência de reserva de lei absoluta não afasta a possibilidade das chamadas leis penais em branco, mencionadas adiante.

direito, guardam referibilidade com o direito administrativo, ainda que em sua expressão sancionatória.

Com efeito, há subjacente ao direito penal uma percepção de maior gravosidade ético-social que justifica a privação da liberdade individual. Lida-se com os bens jurídicos mais caros à sociedade, como a vida e a integridade física. Ao mesmo tempo, privar a liberdade ambulatorial dos indivíduos exige maiores garantias e controle da atuação estatal. Daí porque, nesse campo, os princípios da segurança jurídica e democrático se expressam com vigor destacado, para exigir que a lei editada pelo Poder Legislativo – e somente ela – seja o veículo para a definição dos delitos e das penas.

Já no direito administrativo, lida-se com esquemas sancionatórios que precisam ser dinâmicos. Eles geralmente respondem a demandas variáveis e urgentes da sociedade, em regra dissociadas de um juízo de desvalor ético-social (como as exigências sanitárias e de segurança a serem observadas por supermercados e lanchonetes e a forma de ocupação das calçadas da cidade). As infrações e sanções devem ser vistas como técnicas de regulação voltadas a promover a adequação da conduta dos particulares. E é diante desse cenário, bem como da ausência de previsão expressa na Constituição, que um padrão de legalidade mais flexível não apenas se justifica, como se revela imprescindível para que o direito administrativo sancionador seja efetivo e eficiente. Mesmo porque não seria fática nem tecnicamente viável que o Poder Legislativo, com sua específica capacidade institucional, editasse esquemas sancionatórios precisos e com a agilidade necessária para lidar com a diversidade de demandas típicas da seara administrativa.

Mais ainda. As estruturas normativas em cada um desses campos são claramente distintas. No direito penal, o indivíduo e o desvalor ético-social de sua ação são o foco. Daí o manejo de uma técnica legislativa pautada neles; direta e individualizada. Basta olhar o Código Penal e a forma como as condutas e as penas são em grande parte estabelecidas. "*Matar alguém*" sujeita o infrator à pena de "*reclusão, de seis a vinte anos*" (art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848/1940). E *"[s]e o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço*" (§1º do art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848/1940). O enfoque, portanto, é na conduta individualizável do delinquente.

Já no direito administrativo sancionador, os tipos são usualmente indiretos, *i.e.*, fixados por remissão a outros atos normativos. Além disso, as condutas previstas e as sanções

a elas atribuídas são com frequência mais genéricas.[446] Veja-se, para exemplificar, a redação do art. 10 da Lei nº 6.437/1977, diploma que configura infrações à legislação sanitária federal e estabelece as sanções respectivas:

> Art . 10 - São infrações sanitárias:
> I - construir, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, laboratórios de produção de medicamentos, drogas, insumos, cosméticos, produtos de higiene, dietéticos, correlatos, ou quaisquer outros estabelecimentos que fabriquem alimentos, aditivos para alimentos, bebidas, embalagens, saneantes e demais produtos que interessem à saúde pública, sem registro, licença e autorizações do órgão sanitário competente ou contrariando as normas legais pertinentes:
> pena - advertência, interdição, cancelamento de autorização e de licença, e/ou multa.

Há na parte final do dispositivo expressa remissão a atos administrativos (registro, licença e autorizações) e às normas legais pertinentes, que, se descumpridos, ensejam a aplicação de sanção pela autoridade competente. Sanção que poderá ser uma dentre aquelas previstas na Lei e que poderá recair sobre um ou mais infratores. Afinal, o tipo abarca em tese mais de um possível infrator, ao contemplar todos que, por suas ações, incorrerem nas condutas proibidas pelo dispositivo. Trata-se de uma lógica normativa claramente distinta da do direito penal, porquanto mais genérica e baseada em uma cláusula geral de remissão. Isso ratifica a impossibilidade de se estender ao direito administrativo sancionador o sentido rígido da legalidade no direito penal.[447]

Ou seja, falta fundamento jurídico para uma extensão automática da legalidade estrita penal ao âmbito do direito administrativo sancionador. Aliás, sustentar um padrão de legalidade exaustivo na seara administrativa seria ainda mais irrazoável porque sequer no direito penal ele prevalece. Nesse campo, a reserva legal absoluta e formal extraída do art. 5º, XXXIX, da CRFB não impede que se reconheça a existência das chamadas leis penais em branco. Isto é, de leis *"(...) de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam ser complementadas por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal*".[448] Inclusive, por atos normativos expedidos pela Administração Pública.[449]

---

[446] O que foi observado por NIETO, Alejandro. *Op, cit*., p. 266. *In verbis*: "(...) a tipificação não é direta, mas por remissão, e a atribuição não é individualizada, mas genérica". Tradução livre.

[447] Ainda de acordo com Alejandro Nieto: "(...) não se trata de simples diferenças de tonalidade, mas, no mínimo, de estrutura normativa. O que significa que o mandado de tipificação (e, portanto, a mesma reserva legal e, no extremo, o princípio da legalidade) tem um alcance muito distinto no Direito Administrativo e no Direito Penal, a despeito de boa parte da doutrina e da jurisprudência, seduzidas pela comodidade das comparações, não perceberem sempre este fenômeno e atuarem com um rigor formal que não beneficia nem aos interesses públicos, nem às garantias individuais". NIETO, Alejandro. *Op. cit*., p. 266-267. Tradução livre.

[448] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2010, p. 192.

[449] "Chamam-se normas penais em branco aquelas nas quais a conduta incriminada não está integralmente descrita, necessitando de uma complementação que se apresenta em outro dispositivo de lei (complementação homóloga), seja da própria lei penal (complementação homóloga homovitelina), seja de lei diversa

A extensão ao direito administrativo sancionador de um padrão de legalidade exaustivo ou equiparável ao do direito penal, portanto, deve ser descartada.[450] Mas isso é apenas um pontapé inicial. A questão que se coloca, na sequência, é saber se a legalidade no direito administrativo sancionador é (ou deve ser) a mesma aplicável ao direito administrativo em geral, ou se o princípio, ao contrário, manifesta-se com nuances próprias. Esse é um exame, portanto, que pressupõe conhecer – ainda que de forma panorâmica – algumas referências teóricas associadas à concepção contemporânea do princípio da legalidade no direito administrativo em geral.

5.3.2 A legalidade no direito administrativo contemporâneo em geral.

A concepção contemporânea do princípio da legalidade administrativa, previsto na cláusula geral do art. 37, *caput*, da Constituição, está descolada da ideia tradicional de vinculação positiva à lei em sentido estrito.[451] Hoje se reconhece que essa exigência é não apenas destituída de fundamento jurídico, mas distante da realidade. Isto é: nem é correto afirmar-se que a Administração Pública só está autorizada a agir, pelo ordenamento jurídico, mediante autorização expressa em lei em sentido estrito, e apenas para dar concretude ao comando legal, sem inovar; nem é possível defender no mundo real padrão tão rigoroso de legalidade, diante da complexidade e do dinamismo inerentes às sociedades atuais.[452]

Daí se dizer que a vinculação da Administração Pública, em verdade, é ao ordenamento jurídico como um todo, capitaneado pela Constituição,[453] cujos princípios e regras servem de fundamento de validade para os diversos atos normativos infralegais. Em outras palavras, a legalidade em sentido estrito cedeu lugar à juridicidade. O sentido da

---

(complementação homóloga heterovitelina), ou em fontes legislativas de hierarquia constitucional inferior, como o ato administrativo, ou a lei estadual ou municipal (complementação heteróloga)". BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 73-74.

[450] A posição ora defendida diverge, portanto, daquela sustentada por Rafael Munhoz de Mello, para quem: "No campo do direito administrativo sancionador, o princípio da legalidade exige que o ilícito administrativo e a respectiva sanção sejam criados por lei formal. Apenas o legislador pode tipifcar uma conduta como ilícito administrativo e imputar à sua prática uma sanção administrativa. Trata-se de aplicação, no direito administrativo, do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, previsto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal". MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. cit.*, p. 120.

[451] No sentido da concepção tradicional do princípio da legalidade, v. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 1993; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 30ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 20.

[452] Sobre as razões para se falar em uma crise da lei formal, v. BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 131-142.

[453] Tal reflexão pode ser observada no texto: BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. *Op. cit.*

legalidade administrativa expandiu-se para abarcar "*todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade*".[454]

Tendo em vista essa mudança de eixo, Gustavo Binenbojm ressalta que a atividade administrativa, como regra, ocorrerá ainda segundo a lei (*secundum legem*), se e quando a lei for constitucional. Mas poderá também ter fundamento direto na Constituição, de forma independente ou para além da lei (em caráter *praeter legem*), ou, ainda, legitimar-se perante o direito mesmo contra a lei, "*porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade* contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)*".[455]

Isso implica reconhecer um amplo espaço de atuação normativa da Administração Pública, preenchido pela edição de regulamentos de diferentes espécies.[456] Ao lado dos regulamentos *de execução*, há os chamados regulamentos *autônomos*, previsto expressamente desde a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, e os regulamentos ditos *independentes*.[457]

Regulamentos de execução são os atos normativos editados pelo Chefe do Poder Executivo com fundamento no art. 84, inciso IV, da Constituição da República,[458] ou por órgãos e entidades a quem a lei tenha atribuído poder normativo, como as agências reguladoras, com vista a viabilizar o fiel cumprimento da lei. Dar fiel execução à lei, de toda forma, não implica reproduzir o conteúdo lei. Há espaço para produção inovadora – o que é mesmo inevitável. Nas palavras de André Rodrigues Cyrino, esses regulamentos:

---

[454] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit*., p. 63.

[455] BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 148.

[456] Sobre a competência para a edição de regulamentos, parece-nos correta a posição de Gustavo Binenbojm, para quem: "Mais do que uma mera opção convencional, (...) regulamentos são não apenas os atos normativos editados pelo Presidente da República, mas também os estatutos emanados das entidades administrativas dotadas de poder normativo. Com efeito, a interpretação restritiva não condiz com a necessidade de uma administração pública descentralizada, que tem fundamento não só na previsão constitucional expressa da possibilidade da criação de autarquias e entidades reguladoras de setores específicos (art. 37, XIX, e arts. 21, XI, e 177, §2º, III) como também no princípio da eficiência (art. 37, caput). Isto sem falar do art. 174, que atribui genericamente funções normativa e reguladora à Administração Pública, na forma da lei. Ora, a expressão 'na forma da lei' significa que o legislador poderá delegar tais funções a órgãos e entidades setoriais especializadas, as quais só ele pode criar". BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 161-162.

[457] Como observa Alexandre Santos de Aragão, a classificação das espécies de regulamentos não é objeto de consenso na literatura. Ao contrário, é grande a diversidade terminológica: "O trato da matéria é estorvado também pelos que, apesar de terem uma visão mais atualizada e realista da matéria, adotam nomenclatura diversa e confusa: regulamentos meramente executivos, executivos, interpretativos, autônomos, independentes, delegados, organizativos, livres, integrativos, de necessidade etc. Denominam as mesmas espécies regulamentares de maneira diferente, subdividem-nas, equiparam-nas, e assim em diante". ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 225, Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-129, jul./set., 2001, p. 119-120.

[458] "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;"

> (...) se destinam a, de alguma forma, executar o que dispõe a lei sem contrariá-la, sendo que tal execução não está cingida à literalidade legal, mas sim à interpretação de certa maneira criadora do direito em cumprimento e complementação do espírito e do conteúdo da norma legislativa.[459]

Não haveria como ser diferente. Não há como esperar que o legislador, sem meios nem capacidade técnica suficientes, razoavelmente discipline as diversas situações da vida que demandam tratamento normativo. O que se verifica na prática, portanto, é um cardápio variado de leis com graus de densidade normativa bastante diversos. E isso dá ensejo a regulamentos de execução que podem estar revestidos de maior ou menor conteúdo criativo.

Tal como explica Alexandre Santos de Aragão,[460] há leis de *densidade normativa exaustiva*, usualmente editadas quando a Constituição prevê uma hipótese de reserva *absoluta* de lei. São casos em que a lei, a princípio, deve esgotar a disciplina da matéria, diferentemente do que ocorre nas hipóteses de reserva legal *relativa*, em que o legislador pode deixar parte da disciplina à Administração Pública, fixando parâmetros que orientem sua atuação normativa. São exemplos de reservas absolutas estabelecidas pela Constituição a instituição de tributos, de crimes e das respectivas penas (arts. 150, I e 5º, XXXIX, da CRFB). Mesmo nesses casos, Alexandre Aragão adverte que "*o caráter exaustivo da lei, pretensamente excludente de qualquer subjetividade por parte do seu concretizador, é uma idealização irrealizável na prática*".[461] Daí porque o correto é se exigir que a lei "*seja formulada nos termos mais completos possíveis, não podendo, ao menos deliberadamente, deixar espaço para juízos discricionários*".[462]

Em um degrau abaixo, encontram-se as leis que, embora não sejam exaustivas, apresentam *grande densidade normativa*, já que chegam a iniciar a normatização da matéria de modo detalhado, mas sem esgotá-la. Nesses casos, confere-se à Administração Pública espaço mais amplo para detalhar o conteúdo legal e inovar, o que pode decorrer da previsão, em lei, de conceitos jurídicos indeterminados[463] e de cláusulas abertas, ensejadoras de um

---

[459] CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República*: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 91.

[460] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 109-129.

[461] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p.120-121.

[462] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 121.

[463] Em exemplo elucidativo, Marçal Justen Filho explica: "Os conceitos jurídicos indeterminados traduzem a necessidade de diferenciar situações do mundo real. Suponha-se, como exemplo, a regra de que "passageiros idosos terão preferência de embarque" nos veículos de transporte coletivo. Ora, que se deve entender por idoso? A vida humana é contínua e não apresenta uma divisão que determine que, a partir de uma data exata, o sujeito estará enquadrado na categoria idoso. Há variações pessoais. Determinados sujeitos são 'idosos' aos 50 anos, outros permanecem vigorosos aos 80. A lei não dispõe de recursos para diferenciar, em termos precisos e

juízo discricionário pela Administração Pública. Assim é que, "*se foi concedida discricionariedade, há juízo de conveniência e oportunidade administrativa na determinação do exato conteúdo da obrigação imposta*".[464]

Já nas leis de *baixa densidade normativa*, somente parâmetros gerais são editados como guia para a atividade regulamentar do Poder Executivo. São as chamadas "*leis-quadro (*lois-cadre*) ou standartizadas, próprias das matérias de grande complexidade técnica ou suscetíveis de constantes mudanças*".[465] Nesses casos, o poder de integração reconhecido à Administração Pública será bastante expressivo, resultado da maior vagueza legal pretendida pelo legislador para disciplinar segmentos mais dinâmicos e especializados da vida social. De toda forma, o autor ressalva a necessidade de que existam parâmetros suficientes para a aferição da legalidade do regulamento, sob pena de se inviabilizar o controle desses atos. E a falta de controle atentaria contra o Estado de Direito.[466]

Seja como for, estabelecida uma vinculação maior, intermediária ou mais tênue aos critérios legais, fato é que os regulamentos de execução, editados *secundum legem*, não se confundem com a espécie regulamentar prevista no art. 84, inciso, VI, "a", da Constituição, que estabelece ser competência privativa do Presidente da República "*dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos*". São os chamados regulamentos autônomos, introduzidos pela Emenda Constitucional nº 32/2001. Autônomos justamente porque não extraem fundamento de validade da lei em sentido estrito, mas diretamente – e com autonomia – da Constituição.

Trata-se, segundo a letra da Constituição, de diplomas normativos voltados a disciplinar a organização e o funcionamento da máquina administrativa nos casos específicos em que isso não implicar aumento de despesa, nem a criação ou extinção de órgãos públicos. É o caso do Decreto Federal nº 4.176/2002, que estabelece normas e diretrizes para a elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal.

---

estanques, essa realidade. A providência adequada deverá ser encontrada para cada caso concreto, de acordo com as circunstâncias ou pela imposição de uma presunção absoluta. A ausência de determinação precisa não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso. A indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real". JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 257-258.

[464] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit*., p. 123.

[465] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit*., p. 123.

[466] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit*., p. 125.

Para parte da doutrina, com a qual se está de acordo, a Emenda Constitucional nº 32/2001 criou uma hipótese de reserva regulamentar.[467] Isso faz com que o veículo normativo adequado para tratar das matérias previstas no art. 84, VI, "a" da Constituição seja o decreto presidencial – e apenas ele. Inclusive, frise-se, para alterar comandos hoje veiculados por lei formal, cujo *status* hierárquico, por força da Emenda Constitucional, teria sido rebaixado ao domínio do regulamento. Daí porque, nesses espaços reservados, a lei não poderia mais se imiscuir, mesmo após sancionada pelo Presidente da República, já que sua anuência não tem o condão de sanar o vício formal de origem, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal.[468]

Por fim, a literatura também alude aos chamados regulamentos independentes ou *praeter legem*, editados pelo Poder Executivo de forma residual, naqueles espaços ainda não disciplinados pela lei. Justamente por isso esses diplomas são independentes: eles não pressupõem o cumprimento de qualquer comando legal. Isso implica reconhecer que a atividade normativa da Administração pode desenvolver-se com referência direta à Constituição, independentemente da *interpositio legislatoris*, desde que, de todo modo, não esbarre em hipótese de reserva legal. Como reconhece Alexandre Aragão:

> É de se destacar, para este efeito, o grande âmbito do poder regulamentar implicitamente atribuído pelo conjunto do ordenamento jurídico, âmbito no qual, muitas vezes, a Administração tem poder regulamentar implicitamente conferido pela própria Constituição (porquê haveria poder para regulamentar leis ordinárias e não a própria lei constitucional?), poder regulamentar este que pode vir a ser extraído até mesmo das normas constitucionais programáticas. Se, por exemplo, a Constituição estabelece que a Administração Pública deve prestar determinado serviço público (fim), não teria sentido que ela, independentemente da existência de lei ordinária, não pudesse regulamentar a sua prestação (meio). Nestas circunstâncias, aquelas competências só alcançarão os seus propósitos se estas (regulamentares) forem admitidas. [469]

Regulamentos independentes não se confundem, assim, com os autônomos. A *"relação entre a lei e o regulamento autônomo é de competência, enquanto a relação entre a*

---

[467] É a opinião de CYRINO, André Rodrigues. *Op. cit*. Em sentido diverso, reconhecendo a nova espécie regulamentar trazida pela EC nº 32/2001, mas sujeitando-a ao princípio da preferência da lei, v. BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 176. Sobre esse debate, especificamente, v. CYRINO, André Rodrigues. Regulamento autônomo no Brasil: uma resposta às críticas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 30, p. 107-137, 2016. Disponível em <https://goo.gl/Liqa7c>. Acesso em: 05 out. 2017.

[468] O Supremo Tribunal Federal expressou este entendimento no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.867-ES, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, julgada em 03 de dezembro de 2003. Tal posição foi reiterada no julgamento da ADI nº 2.305-ES, sob a relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgada em 30 de junho de 2011. Neste sentido, restou afastada a aplicação do Enunciado nº 5 da Súmula da Jurisprudência do STF.

[469] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit*., p.124.

lei e o regulamento independente é de hierarquia".[470] Ou seja, lei formal que discipline matéria reservada a regulamento autônomo padecerá de vício de competência, diante da reserva regulamentar estabelecida pela Constituição. Já no campo dos regulamentos independentes, prevalece o princípio da precedência da lei.[471] A lei formal tem preponderância. Por isso, a eventual superveniência de um diploma legal prevalecerá sobre o tratamento conferido a certa matéria por via de um regulamento independente. E uma vez editada a lei, o regulamento não poderá prever de modo diverso ao ali contido.

Em suma, esse é um quadro bastante genérico acerca do princípio da legalidade administrativa, mas que, para os fins da tese, serve à investigação proposta, qual seja: verificar se, no direito administrativo sancionador, o sentido dessa exigência é (ou deve ser) o mesmo. Em outras palavras, deve-se reconhecer a vinculação administrativa à juridicidade e, a partir dela, a possibilidade de atuação normativa da Administração Pública nas três dimensões mencionadas – *secundum*, *praeter* e *contra legem*? Em caso negativo, como delimitar nuances? A compreensão do princípio da legalidade em matéria sancionatória administrativa pressupõe responder a perguntas como essas.

5.3.3 O sentido da legalidade no direito administrativo sancionador brasileiro. Reserva de lei relativa e material para a definição de infrações e de sanções administrativas.

5.3.3.1 Reserva legal relativa.

Na Constituição, o art. 37, *caput*, veicula cláusula genérica que sujeita a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios à observância, dentre outros, do princípio da legalidade. De parte essa previsão, há reservas legais específicas instituídas para a disciplina de certas matérias, que impõem limites à atividade normativa do Poder Executivo.

---

[470] CYRINO, André Rodrigues. *Op. cit.*, 2005, p. 94. Adverte ainda o autor: "Não se deve confundir os regulamentos executivos decorrentes de leis de baixa densidade normativa com os regulamentos independentes. Aqueles carecem de uma delegação pelo legislador, que estabelece parâmetros mínimos, enquanto esses existem sem qualquer tipo de outorga por parte da lei. Mesmo quando se tratar de habilitações legislativas em branco não haverá regulamento independente, que prescinde de manifestação legislativa, muito embora não a possa contrariar". CYRINO, André Rodrigues. *Op. cit*., p. 94-95.

[471] Reserva de lei e precedência de lei são expressões cunhadas por Otto Mayer. MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, Buenos Aires: De Palma, 1949, p. 95 e 98. É o que explica CYRINO, André Rodrigues. *Op. cit.*, p. 39-40: "A ideia de precedência da lei implica o dever de não contrariar o desígnio legislativo (dever de compatibilidade). Significa que a Administração Pública, em sua atuação, está impedida de afrontar o que prescreve a lei. A vontade da lei tem preferência e a ação administrativa com ela deve ser compatível. Já o princípio da reserva de lei significa que a Administração Pública só pode agir quando o ato estiver anteriormente previsto em lei (dever de conformidade)".

Já se explicou que as reservas legais são campos delimitados pelo legislador constituinte cujo tratamento dependerá da edição de lei em sentido formal (caso o veículo seja apenas aquele editado pelo Parlamento) ou material (se possível a normatização por outros atos com força de lei, como as medidas provisórias e as leis delegadas). Estabelece-se, nesses casos, um dever de conformidade. A Administração Pública somente poderá agir se houver lei prévia que autorize essa atividade. E é da própria Constituição que se extrai, como primeira referência, a necessidade de um maior ou menor detalhamento da lei por ela demandada.

Por exemplo, nos termos do art. 220, §4º, da CRFB, a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapia está sujeita a "*restrições legais*" que deverão ser instituídas com vista a uma finalidade específica, qual seja, estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem os princípios do art. 221 da CRFB, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. Tem-se, aí, o que a doutrina classifica como uma reserva legal absoluta e qualificada.[472]

Não há, todavia, uma previsão expressa e específica nesses termos para o direito administrativo sancionador. Nem de reserva de lei, muito menos formal, material, absoluta ou relativa. Daí se poderia concluir que, se o constituinte não quis restringir, não seria dado ao intérprete fazê-lo. Logo, o sentido do princípio da legalidade valeria também para a atividade sancionatória da exata forma como para o direito administrativo geral. Ou seja, como espaço normativo reconhecido ao Poder Executivo de forma ampla, a ser desenvolvido, como regra, *secundum legem* (*i.e.*, referenciado a uma lei de maior ou menor densidade normativa, que ao menos delimite competências e estabeleça *standards* capazes de orientar a atuação do administrador), mas sem excluir a possibilidade de atuação fundada diretamente na Constituição, quer nos casos dos regulamentos independentes, quer nos casos dos autônomos, quando presentes as condições para tanto (cf. art. 84, VI, da CRFB).

Mas aqui há uma primeira delimitação que precisa ser feita. Já se descartou a rigidez associada à legalidade penal, uma vez que, dentre outras razões, o direito administrativo sancionador não lida, como regra, com a privação da liberdade ambulatorial dos

---

[472] V. BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 156-157. A reserva é qualificada, além de absoluta, porque a própria Constituição determina a finalidade a ser observada pela disciplina legal. Nas hipóteses de reserva legal qualificada, "a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados". MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 299.

administrados;[473] não se volta, como regra, à tutela dos bens e valores mais caros ao ordenamento jurídico, como a vida e a integridade física; não carrega, em geral, um olhar retributivo de causação de um mal ao infrator que mereça recebê-lo – todos fatores que, na seara criminal, respondem pelo maior rigor da legalidade aplicável.

A despeito disso, a vertente sancionatória da atividade administrativa do Estado deve ser tida como inerentemente mais gravosa (ou potencialmente mais gravosa) do que a atuação administrativa em geral. Nela se opera por ferramentas de comando e controle. Não se trata de convencer os particulares a agir ou deixar de agir mediante o uso de "*nudges*",[474] nem por vias amigáveis, mas de orientar suas condutas pela fixação de deveres e de punições que restringem e suprimem seus direitos e interesses fundamentais.[475] Direitos esses, frise-se, de inegável relevância, como aqueles associados às liberdades de iniciativa e de ofício, que podem estar submetidos a penalidades administrativas como o fechamento de estabelecimentos e a proibição do exercício da própria atividade.

Justamente essas peculiaridades (operacionais e funcionais) atraem a incidência qualificada dos princípios constitucionais do Estado de Direito e da segurança jurídica.[476] Os administrados têm o direito de não serem surpreendidos, *i.e*., de saberem de antemão a que restrições estão sujeitos e quais as consequências possíveis de suas escolhas. É preciso "jogar limpo", como regra de ouro que define a própria compreensão do Estado de Direito, na

---

[473] Diz "como regra" porque o ordenamento jurídico admite a prisão do servidor público militar por transgressão disciplinar, cf. art. 5º, LXI, da CRFB: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

[474] Isto é, de "empurrões" para seu próprio bem, conforme defendem Cass R. Sunstein e Richard H. Thaler em "Nudge: o empurrão para a escolha certa", livro que se tornou um marco da chamada economia comportamental. Segundo os autores, já que realizar escolhas é mesmo inevitável, eles defendem ser legítimo que o Estado influencie essas decisões, sem, contudo, esvaziar a esfera de liberdade dos indivíduos (numa espécie de "empurrãozinho" para o seu próprio bem, por eles referido como paternalismo libertário). *In verbis*: "O aspecto libertário de nossas estratégias consiste na insistência clara de que, em geral, as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem – e ter a opção de sair de arranjos indesejáveis se assim quiserem. (...) O aspecto paternalista reside na afirmação de que é legítimo que os arquitetos de escolhas tentem influenciar o comportamento das pessoas a fim de tornar sua vida mais longa, saudável e melhor. Em outras palavras, defendemos esforços conscientes, por parte de instituições do setor privado e também do governo, para orientar as escolhas das pessoas rumo a direções que irão melhorar sua vida". SUNSTEIN, Cass. R.; THALER, Nudge, SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H, *Op. cit*., p. 5.

[475] O que não implica dizer que, em outros campos do direito administrativo, não se verifiquem, também, restrições a direitos fundamentais dos particulares. O que se quer frisar é que, no direito administrativo sancionador, essa característica é inerente, e não circunstancial. E esse é um dado de diferenciação relevante.

[476] Sobre o princípio da segurança jurídica, v. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo*: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

acepção formal defendida por Joseph Raz.[477] Para o autor, a clausula da *rule of law* corresponde à capacidade do ordenamento jurídico de guiar o comportamento das pessoas. Ela somente se instaura, portanto, quando os indivíduos são efetivamente orientados pelo direito e o obedecem. E, para tanto, é fundamental que as regras possam de fato ser obedecidas, o que pressupõe que os comandos sejam prospectivos, públicos e claros. As pessoas não podem orientar suas condutas diante de leis retroativas, ambíguas, vagas, obscuras e imprecisas.

A essa demanda por previsibilidade soma-se à da necessidade de um maior controle. Se o Estado tem mais poder para afetar direitos fundamentais e interesses protegidos, é também mais importante que se definam balizas para combater possíveis arbitrariedades, como a aplicação de sanções excessivas, desviadas de finalidade e irrazoáveis. Na atividade sancionatória, esses riscos são mais evidentes. Daí a importância de uma modelagem jurídica e institucional que viabilize o seu controle efetivo.

Por essas razões – e não por uma suposta extensão da legalidade penal ao campo administrativo, com ou sem matizes – justifica-se no direito administrativo sancionador um padrão de legalidade mais exigente do que aquele reconhecido ao direito administrativo em geral. Refere-se a um padrão de legalidade voltado a proibir que a Administração Pública atue de *lege ferenda* no que tange à definição de tipos e de sanções, a ponto de criar e inovar à luz diretamente da Constituição. Esse é um espaço em que a lei deve habilitar a atividade administrativa (com maior ou menor densidade normativa, mas sempre com a sua intermediação), assegurando que o particular não seja punido – nem surpreendido – pela aplicação de uma sanção administrativa com fundamento direto na Constituição, em caráter absolutamente inovador.

Em outras palavras, não se poderia admitir, nesse campo, a edição de regulamentos independentes.[478] O tratamento normativo de tipos e de sanções pela Administração Pública há de ser sempre *secundum legem*, e, portanto, precedido da edição de lei que (ao menos)

---

[477] RAZ, Joseph. *The authority of law:* essays on law and morality. Oxford University Press, 2009, p. 213-214.

[478] Nem de regulamentos autônomos, já que a própria Constituição estabelece que eles estão limitados à "organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos". Logo, não há que se cogitar de regulamentos autônomos para a instituição de infrações e sanções administrativas, pois a matéria atinge a esfera jurídica dos particulares, indo além do funcionamento e organização da burocracia. A despeito disso, não se pode descartar a possibilidade de regulamentação autônoma em toda e qualquer seara do direito administrativo sancionador. Pode-se pensar, por exemplo, em eventual reorganização interna da Administração Pública que implique transferência entre órgãos de atribuições já existentes em matéria sancionatória. Acerca dessa possibilidade – de transferência de atribuições já criadas entre órgãos –, v. CYRINO, André Rodrigues. *Op. cit.*, 2005, p. 165.

autorize a atividade regulamentar e fixe *standards* mínimos que a orientem. A hipótese, portanto, é de uma reserva legal relativa.[479]

Do ponto de vista formal, inclusive, uma leitura sistemática da própria Constituição reforça essa exegese. Não bastasse a incidência qualificada do princípio da segurança jurídica e a necessidade de maior controle da ação estatal, a reserva legal relativa encontra fundamento na cláusula geral do art. 5º, inciso II, da CRFB, de que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*". O direito administrativo sancionador, afinal, é um instrumento por excelência de fixação de deveres para os particulares. Busca-se obrigar ou dissuadir o administrado de certa conduta com a ameaça de que sofrerá uma punição. Daí a necessidade de que esse ferramental seja estabelecido em "*virtude de lei*", e não como um produto independente concebido pelo Poder Executivo.[480]

Mais ainda, a reserva legal relativa em matéria de direito administrativo sancionador extrai fundamento do parágrafo único do art. 170 da CRFB, que assegura a todos "*o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*". De fato, se as restrições à liberdade de iniciativa devem encontrar referência e fundamento na lei, isso inclui os tipos e sanções administrativos a que sujeitos os agentes econômicos, que não são outra coisa senão meios para se conformar o exercício da liberdade econômica dos indivíduos e das empresas.

Assim é que, por exemplo, definida em lei a competência de um órgão ou entidade para especificar infrações e atribuir concretamente as sanções cabíveis em determinado segmento econômico, não se poderia cogitar de uma regulamentação *praeter legem*, por mais louvável que fosse a intenção do administrador. Não se poderia admitir que, delimitada certa matéria como objeto da competência sancionatória, a Administração Pública estendesse sua atuação punitiva a outras atividades, com fundamento na isonomia e na higidez da ordem concorrencial. Isso esbarraria na reserva legal aplicável à matéria, em linha os arts. 5º, II e

---

[479] "Reserva relativa haverá quando a Constituição se contentar apenas com o estabelecimento de parâmetros gerais pela lei, conferindo, portanto, à Administração Pública (em oposição ao que ocorre na reserva absoluta) 'uma margem de liberdade, maior ou menor, na aplicação do direito ao caso concreto'". BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 157. A questão relativa à densidade normativa desses parâmetros será analisada adiante neste capítulo.

[480] É nesse sentido a lição de Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet, que, ao abordarem o princípio da legalidade aplicável à Administração Pública, extraem do art. 5º, II, uma reserva legal relativa para a restrição a direitos e liberdades dos particulares. *In verbis*: "O princípio da reserva legal exige que qualquer intervenção na esfera individual (restrições ao direito de liberdade ou ao direito de propriedade) seja *autorizada* por lei. Esse princípio está sintetizado, na Constituição (art. 5º, II), pela seguinte fórmula: 'Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'". MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 785. Grifou-se.

170, parágrafo único, da CRFB, e com os princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica.

Reserva essa que, de todo modo, há de ser tida como relativa, e não absoluta, diante das particularidades inerentes ao poder de punir da Administração Pública (como o maior dinamismo e heterogeneidade), que afastam a aplicação de uma solução mais rigorosa, tal como se expôs acima a propósito da legalidade penal.

Mas não apenas isso. A reserva de que ora se cogita há de ser tida, também, como reserva de lei *material*, e não formal, pelas razões expostas a seguir.

5.3.3.2. Reserva legal material.

Afirmar que a reserva legal aplicável ao direito administrativo sancionador é material significa que o tema, a princípio, pode ser veiculado por atos normativos com força de lei, como as medidas provisórias ("MPs"), e não necessariamente pelo ato formal editado pelo Poder Legislativo.[481] Assim por um conjunto de razões. Em primeiro lugar, porque, partindo do elemento literal de interpretação, não há limitação temática expressa nesse sentido no art. 62 da Constituição da República. Restringir o exercício da competência normativa do Poder Executivo esbarraria, portanto, no específico arranjo de competências fixado pelo constituinte, como densificação do princípio da separação de Poderes.

Em segundo lugar, porque, como se expôs no capítulo 3 a propósito do elemento funcional que deve integrar o discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador, as atividades sobre as quais incide a disciplina administrativa com frequência demandam respostas mais dinâmicas. Mais céleres. Que acompanhem de forma eficiente as transformações tecnológicas e sociais, sem incidir, ademais, sobre a liberdade ambulatorial dos indivíduos. Por isso, diferentemente do direito penal – sujeito à exigência de maior estabilidade –,[482] é possível que razões de relevância e urgência justifiquem a edição de uma medida provisória.[483]

---

[481] A reserva material não inclui os regulamentos editados com fundamento no art. 84, IV, "a", da CRFB, a despeito de sua natureza autônoma e do entendimento a que se aderiu na tese quanto à existência de uma reserva regulamentar. Isso porque, como se esclareceu na nota de rodapé nº 478, a instituição de infrações e de sanções administrativas é incompatível com a limitação temática fixada pelo constituinte no mencionado dispositivo.

[482] Antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, não havia previsão expressa das matérias não passíveis de disciplina por medida provisória. A despeito disso, o Supremo Tribunal Federal já entendia ser inconstitucional a criação de delitos e de penas por MP. E isso não apenas pela interpretação que já se fazia a propósito do art. 5º, XXXIX, da CRFB (extraindo-se, dele, uma reserva absoluta de lei formal), mas por se entender que um veículo provisório e resolúvel não poderia restringir a liberdade ambulatorial dos indivíduos, criando delitos provisórios ou sob condição resolutiva. Ou seja: o STF extraía essa impossibilidade da maior gravidade associada aos efeitos

Em terceiro lugar, porque, também em linha com as peculiaridades subjacentes ao direito administrativo sancionador, esse é um campo heterogêneo, voltado a disciplinar uma vasta gama de relações econômico-sociais. Há tipos e sanções os mais diversos, com diferentes intensidades. Nesse contexto, embora a edição de medidas provisórias que veiculem infrações e penalidades mais graves possa, de fato, suscitar dúvidas quanto à legitimidade do veículo (sobretudo pela gravosidade produzida *vis à vis* a provisoriedade inerente ao veículo normativo), fato é que parte relevante do direito administrativo sancionador cuida de temas bem mais corriqueiros, do dia a dia, como deveres de prestação de contas a entidades e órgãos administrativos. São casos que tratam de imposições e de gravames de magnitude menor.

O ponto, assim, é que negar a possibilidade de edição de medidas provisória em matéria de direito administrativo sancionador em geral implicaria vedar a utilização do veículo também nessas situações mais triviais. Para o funcionamento da máquina administrativa, por conseguinte, os entraves práticos poderiam ser significativos.

Há ainda um quarto argumento. Viu-se acima que a reserva aplicável à matéria administrativa sancionatória é relativa, e não absoluta. No item a seguir, o sentido dessa reserva legal relativa será esmiuçado. De toda forma, já se explicou que a reserva relativa pode ser respeitada a partir de leis com diferentes graus de densidade normativa – inclusive pelas chamadas leis-quadro, que conferem ao regulamento um espaço significativo de criação. Assim, é possível (usual até) que, na prática, o conteúdo das infrações venha a ser delimitado somente no ato normativo infralegal, e não na lei em si. Logo, se mesmo uma resolução de agência reguladora (devidamente habilitada) pode delimitar o conteúdo de infrações, não parece razoável nem lógico afirmar-se que medida provisória estaria proibida de tratar da matéria.

Há inclusive exemplos de medidas provisórias nesse sentido, como a Medida Provisória nº 2.177-44/2001, que deu redação às disposições da Lei nº 9.656/1998[484] relativas à matéria sancionatória administrativa (arts. 25 a 29-A), incluindo o rol de sanções cabíveis

---

da condenação criminal, o que vai ao encontro da posição defendida na tese, de que não se justifica a extensão da mesma *ratio* ao direito administrativo sancionador. A título de exemplo, v. o Recurso Extraordinário nº 254.818, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgamento em: 08/11/2000, publicação em: 19/12/2002, p. 81. Frise-se que, nesse precedente, o STF posicionou-se ainda no sentido de que, sendo favoráveis ao réu, as normas veiculadas por medida provisória seriam admissíveis.

[483] Em exemplos hipotéticos: pode ser que, diante de novas tecnologias, revele-se urgente e relevante instituir uma nova modalidade de sanção passível de ser aplicada em determinado setor econômico ou atividade; que, diante de novos riscos, torne-se premente definir (ou autorizar que o Poder Executivo defina) tipos associados a determinadas condutas; ou que, constatada a total inaptidão de certo esquema sancionatório para inibir condutas ilícitas, revele-se urgente e necessário contemplar a exasperação das punições.

[484] A Lei nº 9.656/1998 dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

aos agentes econômicos do segmento de saúde suplementar. Recentemente, foi editada a Medida Provisória nº 784, de 2017, que deu novo e vasto tratamento à matéria sancionatória administrativa nos âmbitos do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, incluindo a disciplina das infrações, penalidades, medidas coercitivas e meios alternativos de solução de controvérsias.

Na doutrina, suscitou-se a inconstitucionalidade formal da Medida Provisória nº 784, de 2017, justamente por violação à exigência de lei em sentido estrito, que se estenderia ao âmbito do direito administrativo sancionador diante da origem comum do *ius puniendi* estatal e justificaria, inclusive, uma exegese extensiva do art. 62, §1º, I, "b", da CRFB.[485] Não nos parece, contudo, ser essa a solução correta, pelas razões acima apontadas. De todo modo, duas considerações precisam ser feitas.

A primeira diz respeito à possibilidade, inafastável, de controle jurídico em cada caso, à luz tanto de critérios substantivos (orientados, por exemplo, pelo princípio da proporcionalidade), como formais, associados às exigências próprias do art. 62 da CRFB. Isto é, mesmo que a medida provisória verse sobre tipos e sanções administrativos, o que em tese é possível, ela deve preencher os requisitos de relevância e urgência previstos na Constituição.

A segunda diz respeito à eficácia da medida. É que, ainda que a configuração em tese de infrações e sanções administrativas pela via de medida provisória não viole a Constituição, sua eventual não conversão em lei – como no caso da MP nº 784, de 2017, que teve seu prazo de vigência encerrado[486]– poderá dar lugar a uma situação de fato inconstitucional. E isso por força de um possível tratamento diferenciado conferido a situações idênticas, pelo só motivo de terem ocorrido ou não durante o período em que a MP produziu efeitos (ao submetê-las, *e.g.*, à aplicação de diferentes punições).

A preocupação é relevante. Ainda assim, ela deve ser respondida a partir da própria Constituição e da interpretação jurídica, e não por intermédio de uma vedação categórica à

---

[485] Cf. René Ariel Dotti e Francisco Zardo: "A inconstitucionalidade ora apontada decorre da impossibilidade de instituir infrações e sanções por meio de medida provisória. O poder punitivo estatal é um só, quer se manifeste sob a forma de penas criminais, quer de penalidades administrativas. (...) Entre estas garantias, destacam-se a de que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e a de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (...) Idêntico raciocínio estende-se à vedação constitucional de medida provisória sobre 'direito penal, processual penal e processual civil' (art. 62, §1º, I, b), que, pelas razões expostas, alcança o processo administrativo punitivo". DOTTI, René Ariel; ZARDO, Francisco. Punições no sistema financeiro: MP 784. Jornal Valor Econômico, São Paulo, p. 12, 21 jun. 2017. De parte esses vícios, os autores ainda destacaram que a MP revogou dispositivos da Lei nº 4.595/1967, que fora recepcionada como lei complementar, incorrendo, também aí, em inconstitucionalidade; e que não haveria urgência a autorizar o uso da medida provisória neste caso.

[486] O prazo se encerrou em 19 de outubro de 2017, cf. Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 56, de 2017.

edição de medidas provisórias sobre o tema. Nesse sentido, os parágrafos 3º e 11 do art. 62 da Constituição preveem que:

> § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.
>
> § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

Logo, a melhor solução é que o Poder Legislativo, pela via do decreto legislativo, discipline as relações jurídicas constituídas durante a eficácia da medida provisória, a fim de sujeitá-las à aplicação das regras sancionatórias originárias – ao menos quando as disposições da MP tenham trazido disciplina mais gravosa.[487] Essa solução vai ao encontro da dimensão de maior gravosidade associada ao direito administrativo sancionador quando comparado ao direito administrativo em geral. Os direitos dos particulares não podem ser onerados em maior medida com base em um regime que se provou transitório, excepcional, limitado ao período de eficácia da MP. A segurança jurídica, aqui, assume um sentido próprio, voltado a assegurar que não prevaleçam esses regimes sancionatórios circunstancialmente mais gravosos.[488]

E se o decreto legislativo não for editado? Mesmo nesse caso, parece possível sustentar-se, a despeito da previsão do §11º do art. 62 da Constituição, a aplicação das regras originárias mais benéficas aos particulares e às situações abarcados pelo período de eficácia da medida provisória. Não por força de uma transposição automática do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, inciso XL) ao campo administrativo. Até porque, no direito administrativo sancionador, não estão presentes as razões humanitárias que justificam, no direito penal, um regramento geral nesse sentido. Se, por exemplo, certo marco regulatório setorial é alterado pela lei ou por regulamento administrativo para prever um novo

[487] Se as disposições da medida provisória tiverem trazido um tratamento mais benéfico, a melhor solução parece ser outra, *i.e*., de aplicação do regime da medida provisória às infrações cometidas durante a sua eficácia. Nesse caso, deve prevalecer a exigência de predeterminação normativa quanto às condutas típicas e respectivas sanções, que é uma das exigências extraídas do princípio da legalidade no campo do direito administrativo sancionador, como se verá adiante neste capítulo. O particular, ao tempo em que agiu, o fez ciente do conteúdo da medida provisória que então produzia efeitos. Não era exigível que ele contasse com a futura caducidade ou rejeição do ato normativo para orientar suas ações. Logo, o particular não pode ter sua esfera de interesses agravada pela aplicação retroativa das normas originárias, em virtude da perda de eficácia da MP.

[488] Isso não quer dizer que não seja possível haver regimes sancionatórios mais gravosos e circunstanciais. Mas desde que, por evidente, existam circunstâncias excepcionais que os justifiquem. Não é o caso de medidas provisórias rejeitadas ou que caducaram. A transitoriedade, nesses casos, decorre de uma condição externa ao ato normativo, e não de condições tomadas como pressuposto fático para a sua edição.

patamar, mais benéfico, aplicável às multas administrativas, não há como sustentar, automaticamente, que os particulares que incorreram nas condutas vedadas antes da vigência do novo modelo devam ser punidos segundo as sanções mais benéficas constantes da nova legislação.[489]

No caso das medidas provisórias que caducaram ou que foram rejeitadas, o que justifica a aplicação retroativa da disciplina sancionatória original e mais benéfica às situações havidas durante o período de eficácia da MP é uma incidência qualificada do princípio da segurança jurídica, diante da transitoriedade inerente e circunstancial do veículo em questão (uma espécie de lei material sob condição resolutiva). É essa excepcionalidade circunstancial, portanto, que está na base dessa retroação. O que é completamente diferente da *ratio* por trás do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, associado a razões humanitárias.[490]

Em suma, os fundamentos apontados neste item permitem sustentar uma legalidade peculiar ao direito administrativo sancionador que não se expressa nos moldes do direito penal, mas que também apresenta nuances quanto à legalidade aplicável ao direito administrativo em geral. No campo sancionatório, a legalidade deve expressar-se como reserva relativa de lei material, voltada a proibir que a Administração Pública, pela via do regulamento ou mesmo em decisões em casos concretos, crie tipos e sanções

---

[489] Para o direito tributário, há regra própria. Segundo o art. 106 do CTN: "Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática".

[490] Sobre o tema, v. o entendimento de Rafael Munhoz de Melo, contrário à extensão ao âmbito do direito administrativo sancionador do princípio da retroatividade da norma sancionatória mais benéfica (cf. MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. cit*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 154-155). Já Heraldo Garcia Vitta é favorável: "Com efeito, apesar de as leis serem editadas para regular fatos atuais ou futuros – como acontece normalmente – as normas que beneficiem os infratores retroagem, a fim de prestigiar a nova realidade imposta pelo legislador, o qual tem a incumbência de acolher os anseios da sociedade num dado tempo e lugar. Não se justifica o Estado punir alguém, quando o legislador valora a conduta (antes ilícita ou pressuposto de pena mais grave), segundo as novas concepções sociais, e entende já não ser ilícita, ou pressuposto de sanção menos grave". VITTA, Heraldo Garcia. *Op. cit.*, p. 113. Na jurisprudência, o tema também é controvertido. Defendendo a extensão ao âmbito administrativo do art. 5º, XL, da CRFB, veja-se, por exemplo, no STJ: STJ, Recurso Especial nº 1.153.083-MT, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgamento em: 06/11/2014, publicação em: 19/11/2014. Eis um trecho da fundamentação do voto vencedor: "Constato, portanto, ser possível extrair do art. 5º, XL, da Constituição da República princípio implícito do Direito Sancionatório, qual seja: a lei mais benéfica retroage. Isso porque, se até no caso de sanção penal, que é a mais grave das punições, a Lei Maior determina a retroação da lei mais benéfica, com razão é cabível a retroatividade da lei no caso de sanções menos graves, como a administrativa". Em sentido diverso, veja-se no próprio STJ o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 761.191-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgamento em: 12/05/2009, publicação em: 27/5/2009, em que se extrai da ementa o seguinte: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PODER DE POLÍCIA. SUNAB. APLICAÇÃO DE MULTA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DE REGRAS DOS DIREITOS TRIBUTÁRIO E PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. (...)".

independentemente de autorização legal. O que não impede, de toda forma, que o Poder Legislativo, se assim entender, autorize o exercício dessa competência pela Administração Pública.[491]

Mas dizer isso ainda é pouco. O que essa reserva legal exige? Basta uma autorização genérica para que o Poder Executivo regulamente certa atividade econômico-social para daí se extraírem poderes sancionatórios implícitos? Se isso não for suficiente, basta a habilitação legal para a especificação de tipos e de sanções, independentemente de outras instruções ao regulador? Ou devem existir, também, princípios inteligíveis que permitam controlar a produção normativa do Poder Executivo?

Os itens 5.3.4. e 5.3.5. buscam densificar essas exigências, em dois planos. Primeiro, no plano da lei (em sentido material) exigida pela reserva. Como se defenderá, há requisitos formais mínimos a serem observados. É necessário haver lei que pelo menos habilite especificamente a Administração Pública para o exercício da competência regulamentar e estabeleça diretrizes mínimas. Segundo, no plano do conjunto normativo orientador da atuação do particular (formado pela lei ou por esta combinada a regulamentos). Refere-se à necessidade de disciplina clara e prévia quanto às infrações e sanções aplicáveis. Em outras palavras, há de haver predeterminação normativa suficiente. Cabe detalhar cada uma dessas exigências.

5.3.4 Habilitação legal explícita e remissão legal suficiente.

Se se exige reserva legal relativa, isso quer dizer que a iniciativa para disciplinar determinada matéria é privativa do legislador, que deve inaugurá-la no ordenamento jurídico. Mas a estrutura dessa lei pode variar entre modelos de conteúdos normativos distintos.

Com efeito, embora pouco factível, é possível em tese que o legislador decida pela edição de uma lei de máxima densidade normativa, que discipline de forma exaustiva os tipos e as sanções administrativas atreladas a cada um deles, sem pretensamente deixar espaço de criação normativa ao Poder Executivo (ou buscando reduzi-lo ao mínimo possível).

Um degrau abaixo, o legislador pode decidir pela edição de lei que contenha a descrição dos tipos e das sanções, mas a partir da técnica dos conceitos jurídicos indeterminados. Seria exemplo um preceito que estipulasse ser proibida a entrada de animais

---

[491] Até porque "[n]egar isso significaria, por um lado, retirar do Parlamento sua própria liberdade de decisão e, por outro lado, implantar um sistema absolutamente irreal e, em definitivo, paralisador da Administração". NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 220.

ferozes em parque municipal, sob pena de aplicação de multa ao infrator. A previsão atende à reserva legal relativa, já que não só deflagra, como delineia a disciplina da matéria no mundo jurídico. A peculiaridade é que o conceito mais aberto estabelece para o Poder Executivo um dever de complementação normativa, com vista à delimitação prévia e clara da proibição legal (em linha com a exigência de predeterminação normativa, que será objeto do item a seguir).

Mas a reserva legal relativa também pode ser atendida por preceitos com conteúdo normativo ainda mais rarefeito, que, ao invés da previsão das infrações e da especificação das respectivas infrações, remetam essa disciplina ao regulamento administrativo. Ou seja, estabeleçam uma cláusula de remissão, que pode ser direta ou indireta. Será direta quando a lei remeter expressamente à competência do Poder Executivo para fixar os tipos e especificar as sanções cabíveis, em conformidade com a política pública estabelecida no marco legal. Será indireta quando a lei simplesmente estabelecer que o descumprimento às normas e determinações estabelecidas por certo órgão ou entidade da Administração Pública constituirá infração[492] (hipótese de tipificação indireta).

As duas primeiras possibilidades (de definição na própria lei dos tipos e infrações, seja de forma exaustiva ou pela técnica dos conceitos jurídicos indeterminados) não suscitam maior dúvida quanto ao preenchimento do requisito da reserva legal relativa. A lei, afinal, inequivocamente disciplinou a matéria sancionatória, com grau maior ou menor de densidade normativa. O mesmo não se pode dizer das hipóteses de remissão legal, em que aferir o respeito à reserva legal pode não ser tão simples. São duas as dificuldades que se colocam, sintetizadas nas seguintes perguntas: *(i)* para fins de determinação de competência, basta que a lei confira poderes normativos genéricos à Administração Pública (como poderes de polícia em geral) para daí se extrair uma habilitação legal legítima em matéria sancionatória? *(ii)* Ainda quando definida a competência normativa de certo órgão ou entidade em matéria sancionatória, há um conteúdo mínimo exigível da lei de delegação, ou ela pode ser um "cheque em branco"?

A resposta a ambas as perguntas é negativa. No primeiro caso, para que a reserva seja respeitada, é preciso que essa delegação de poder normativo seja explícita.[493] Ela não pode ser

---

[492] Como se verifica, por exemplo, na disposição do artigo 78-A da Lei nº 10.233, de 2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Vejamos: "Art. 78-A. A infração a esta Lei e o descumprimento dos deveres estabelecidos no contrato de concessão, no termo de permissão e na autorização sujeitará o responsável às seguintes sanções, aplicáveis pela ANTT e pela ANTAQ, sem prejuízo das de natureza civil e penal;". O dispositivo remete, portanto, a deveres estabelecidos em outros atos e negócios jurídicos da competência da Administração Pública, cujo descumprimento constituirá infração.

[493] Pode-se fazer um paralelo, aqui, com um dos parâmetros defendido por Cass Sustein em substituição à doutrina da não-delegação ("*nondelegation doctrine")* nos Estados Unidos. Essa doutrina foi inicialmente

extraída implícita nem genericamente das competências de polícia reconhecidas a certo órgão ou entidade.[494-495] Deve ficar clara a intenção do legislador de cometer ao Poder Executivo a tarefa de complementar o intento legal, seja quanto à definição do conteúdo dos tipos administrativos, seja quanto à especificação das sanções associadas a cada um deles. Extrair de um conjunto normativo poderes sancionatórios não declarados seria "furar" a reserva legal exigível, para se admitir, indevidamente, a possibilidade de regulamentos *praeter legem*. Vale um exemplo.

O Superior Tribunal de Justiça proferiu um conjunto de julgados em que foi analisada a possibilidade de imposição, pelo Banco Central do Brasil – BACEN, das sanções administrativas previstas na Lei nº 4.595/1965,[496] por força de eventos definidos como

---

concebida como uma proibição a que o Poder Legislativo delegasse suas funções de criar normas ao Poder Executivo. No curso do tempo, ela foi atenuada em prol do reconhecimento da possibilidade de delegação, desde que fixados critérios substantivos mínimos na lei ("*intelligible principles*"), capazes de guiar e limitar a ação do Poder Executivo. Para Sunstein, contudo, mesmo esse padrão de exigência ainda seria altamente questionável, não apenas por razões jurídicas, mas também fáticas, diante do modelo de agências reguladoras e seu vasto campo de atuação normativa. Em substituição, Sunstein defende a adoção de parâmetros menos rigorosos (referidos como "*nondelegation canons*"), dentre os quais, ao invés de um conteúdo mínimo na lei, a necessidade de uma declaração legislativa clara que autorize a atividade administrativa voltada a interferir com direitos da *common law*. SUSNTEIN, Cass R. Nondelegation Canons, John M. Olin Program. *Law and Economics Working Paper*, n. 82, 1999. Disponível em: <https://goo.gl/uxzYUJ>. Acesso em: 10 out 2017. Sobre o surgimento da doutrina da indelegabilidade nos Estados Unidos e os debates que a sucederam, v. CYRINO, André Rodrigues. *Op. cit.*, p. 60-77.

[494] No ordenamento jurídico espanhol, Alejandro Nieto indica que essa construção mais genérica é observada na tese acolhida pelos tribunais, por vezes, de que não seria necessária uma específica habilitação legal, mas bastaria uma cobertura legal ao exercício do poder normativo regulamentar. Nesse casos: "(...) o Tribunal se volta à lei que o regulamento desenvolveu para buscar um preceito que lhe preste cobertura; e se não o encontra, volta os olhos a todas as leis do ordenamento jurídico para ver se ali encontra o que busca: com o que se comprova a pouca importância atribuída às cláusulas de habilitação e de remissão, à sua suficiência e, em definitivo, à técnica da reserva legal largamente reconhecida como acolhida na Constituição. E apenas no caso de que em nenhuma lei se encontre a necessária cobertura legal, se decide anular o regulamento." NIETO, Alejandro. *Op. cit*., p. 249. O jurista espanhol critica esse entendimento, ao argumento de que ele aplica ao direito administrativo sancionador a legalidade genérica do direito administrativo em geral. Nas palavras de Alejandro Nieto, quando um tribunal analisa uma sanção administrativa sob a ótica da cobertura legal, o que ele faz é aplicar, "mais ou menos inconscientemente, o princípio estrito de juridicidade, é dizer, a exigência de que a atuação administrativa esteja prevista e amparada ('coberta') por uma norma, qualquer que seja" (*Op. cit.*, p. 252). E isso seria um equívoco, por desconsiderar as especificidades associadas à reserva legal que, em Espanha, é extraída do art. 25.1. da Constituição.

[495] Como o fez o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento da Apelação Cível nº 200881000113512. Para confirmar a validade de auto de infração lavrado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) em razão do descumprimento, pelo jurisdicionado, de obrigação prevista em ato normativo regulamentar (a saber, a Portaria ANP n. 110/00), o Tribunal afirmou genericamente que "(...) a Portaria ANP 116/00, que prevê como infração a compra de combustível de pessoa jurídica que não tenha o registro de distribuidor, foi exarada dentro do poder de polícia conferido pela lei que instituiu a ANP como agência reguladora. O auto de infração está devidamente fundamentado e nele não se verifica nenhuma nulidade". TRF 5, Apelação Cível nº 200881000113512, Rel. Des. José Eduardo de Melo Vilar Filho, julgamento em: 05/02/2013, publicação em: 14/02/2013, p. 163.

[496] Eis a redação do art. 44 da Lei nº 4.595/1965: "Art. 44. As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente: I – Advertência; II - Multa pecuniária variável; III - Suspensão do exercício de cargos; IV - Inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições financeiras; V

infração exclusivamente em atos normativos infralegais (como resoluções, portarias e circulares). Nesses casos, de que é exemplo o acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.560.441/PR,[497] o entendimento da Corte uniformizou-se no sentido de que o *caput* do art. 44 da Lei nº 4.959/1965 foi expresso ao determinar que as penalidades nele previstas seriam aplicáveis às "*infrações aos dispositivos desta lei*".[498] Logo, o legislador não teria autorizado a definição de novos ilícitos por meio de resoluções, portarias e circulares. E essa competência normativa não poderia ser extraída, implicitamente, da interpretação sistemática dos dispositivos da Lei nº 4.959/1965 que, de modo genérico, delegam poder normativo ao BACEN e ao Conselho Monetário Nacional – CMN.[499]

O STJ, portanto, admitiu que a infração estivesse descrita em atos normativos infralegais, mas desde que a lei em sentido estrito houvesse previsto essa possibilidade.[500] Dito de outra forma, cabe à lei transferir à Administração Pública competência para regulamentar a matéria sancionatória de forma inequívoca, e não como inferência extraída de uma exegese sistemática ou da teoria dos poderes implícitos.[501]

- Cassação da autorização de funcionamento das instituições financeiras públicas, exceto as federais, ou privadas; VI - Detenção, nos termos do § 7º, deste artigo; VII - Reclusão, nos termos dos artigos 34 e 38, desta lei.". O dispositivo fora revogado pela Medida Provisória nº 784, de 07 de junho de 2017. A MP, contudo, teve seu prazo de vigência encerrado no dia 19 de outubro de 2017.

[497] STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.560.441-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgamento em: 14/06/2016, publicação em: 12/09/2016.

[498] Eis a redação do *caput* do art. 44 da Lei nº 4.595/64, anterior à Medida Provisória nº 784, de 2017: "Art. 44. As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente: (...)".

[499] Eis a ementa do julgado: ""'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. BACEN. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. MULTA APLICADA COM BASE EM NORMA INFRALEGAL. ILEGALIDADE. SÚMULA 83-STJ. É imprescindível para a validade da sanção administrativa lastreada em norma infralegal a expressa previsão legal. Agravo regimental improvido." Como se verá no capítulo 6, o STJ decidiu corretamente, mas, ao fundamentar a sua decisão, valeu-se da construção genérica de que, *in casu*, a matéria estaria reservada à lei em sentido estrito. Esse tipo de construção – generalista – cria confusões injustificadas. Daí a importância de que também a etapa de argumentação jurídica seja iluminada pelos elementos ora destacados que integram o discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador.

[500] Nesse sentido, confiram-se, *e.g.*: (i) STJ, AgRg no AgRg no AREsp nº 509.391-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgamento em: 02/09/2014, publicação em: 08/09/2014 ("É imprescindível para a validade da sanção administrativa lastreada em norma infralegal - portarias, resoluções, circulares etc - a expressa previsão legal"); *(ii)* STJ, Recurso Especial nº 324.181-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgamento em: 08/04/2003, publicação em: 12/05/2003, p. 250 ("Admite-se que o tipo infracionário esteja em diplomas infralegais (portarias, resoluções, circulares etc), mas se impõe que a lei faça a indicação"); **(iii)** STJ, Recurso Especial nº 438.132-RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgamento em: 09/12/2003, publicação em: 15/03/2004, p. 1556 ("6.Figurando o art. 44, da respectiva lei, como norma punitiva, mister que seja interpretado restritivamente. 7. O BACEN, ao expedir resoluções e circulares, criou normas de conduta dirigidas aos administrados, sem, no entanto, poder sujeitar os descumprimentos dessas normas às penalidades do art. 44, da Lei 4595/64, face à própria redação do preceito legal que exige infringência aos "dispositivos desta lei").

[501] "A teoria em questão foi expressamente afirmada judicialmente em 1819, pelo *Chief Justice* John Marshal, no famoso caso *Mac-Culloch v. Maryland*. Naquele precedente, a Suprema Corte norte-americana confirmou que o

A hipótese é distinta, assim, dos campos não sujeitos à reserva legal, em que prevalece uma ampla margem de liberdade do legislador para regular ou não a matéria e para delegar ou não a outras normas a disciplina da matéria, inclusive quanto à forma dessa delegação.[502] Nos casos reservados, tal como no direito administrativo sancionador, o legislador deve habilitar o Poder Executivo específica e claramente para o exercício da atividade regulamentar, quando demandará a sua colaboração quanto à previsão dos tipos e especificação das sanções. Tudo por força da necessária segurança jurídica que se requer nesse campo.

Mas não basta a habilitação legal. Há um conteúdo mínimo associado à reserva relativa que impede que a lei seja um cheque em branco. Não seria legítimo, *e.g.*, que o legislador simplesmente descriminalizasse certa atividade, como a de jogos de azar, transferindo toda a atividade normativa para o Poder Executivo, inclusive quanto à definição de infrações e de sanções. Deve haver critérios e instruções suficientes para orientar a atividade normativa do Poder Executivo. Para usar os termos adotados por Alejandro Nieto, deve haver remissão legal suficiente.[503]

Segundo o autor espanhol, nada impede que a lei, inclusive, renuncie completamente a uma descrição dos tipos (das condutas proibidas ou obrigatórias); mas somente poderá fazê-lo se estabelecer instruções que orientem suficientemente o Poder Executivo na tarefa de complementação e disciplina da matéria. Daí porque, ele explica, o que se proíbem não são "leis em branco", mas "cláusulas de remissão em branco ou incondicionadas e, sobretudo, a ausência dessas cláusulas".[504] É por isso que, a seu ver, não há óbice a que a habilitação legal seja indireta (ou implícita), de forma a ser extraída das remissões legais. Por outro lado, as remissões precisam ser sempre explícitas, já que, de outra forma, a lei não conteria o mínimo de conteúdo (ou o conteúdo suficiente) para balizar a disciplina cometida à Administração.[505] Nas suas palavras:

Congresso detinha poder (de fato, já exercitado, muito embora o texto constitucional de 1787 fosse silente a respeito) para criar o Banco dos Estados Unidos, uma vez que, expressamente, a Constituição lhe outorgava competência para cunhar moeda e determinar o valor da moeda nacional e estrangeira". XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais*: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 20.

[502] Como entende NIETO, Alejandro. *Op. cit*., p. 235.

[503] NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 229.

[504] NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 229. Tradução livre. Nas palavras do Tribunal Constitucional Espanhol: "(...) o que o artigo 25.1 da Constituição Espanhola proíbe é a remissão ao regulamento que torne possível uma regulação independente ou não claramente subordinada à lei, mas não a colaboração regulamentar em matéria sancionatória" (Sentença do Tribunal Constitucional nº 61/1990; tradução livre).

[505] NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 236.

> Mediante a habilitação, a lei permite que o Executivo edite um regulamento sobre a mesma matéria que ela regulou (o que seria inviável por definição, sem que existisse aquela lei, nas matérias reservadas); enquanto a remissão supõe que a lei torne seu – com certas garantias, claro – o conteúdo desse regulamento futuro, que completará assim o texto da lei remitente. Em outras palavras: a habilitação possibilita simplesmente a aparição do regulamento, independentemente do conteúdo deste; enquanto a remissão se refere ao seu conteúdo, é dizer, a remissão legitima o conteúdo concreto (o amparado pelas instruções ou critérios legais) de um regulamento genericamente tornado possível pela habilitação.[506]

Mas como aferir a suficiência da remissão legal? Como dizer se o conteúdo legal atende à exigência de reserva relativa? A resposta está longe de ser categórica. Há uma zona cinzenta considerável entre os casos extremos de delegações "em branco" e leis que veiculem disciplina exaustiva. O legislador, como se disse, pode trilhar caminhos diversos: editar uma cláusula genérica de tipificação indireta associada a *guidelines* de um marco setorial; ir além e iniciar a descrição dos tipos, mas remeter a um regulamento que os complemente; ir mais além para arrolar todas as infrações, porém, descrevê-las a partir da técnica dos conceitos jurídicos indeterminados; ou editar diplomas pretensamente exaustivos.

A rigor, não há como estabelecer critérios *ex ante* e em abstrato sobre o grau de densidade normativa mínimo das leis em matéria sancionatória. O direito administrativo sancionador é heterogêneo e dinâmico. E não há como predefinir modelos, senão à luz de cada setor econômico-social específico a que dirigido o marco regulatório. De toda forma, há como conceber parâmetros abstratos mais gerais voltados a auxiliar no controle da legitimidade desses modelos, exemplificados pelas seguintes perguntas: *(i)* a despeito da generalidade do texto da lei, há um liame possível e identificável que faça do regulamento um produto da lei, e não uma criação independente, e que dessa forma permita o controle (mais ou menos intenso) da disciplina infralegal à luz da normativa legal que lhe serve de fundamento e cobertura? *(ii)* o modelo adotado propicia o grau de previsibilidade, clareza e segurança necessários para que o administrado oriente sua conduta?

Essas são investigações nem sempre fáceis, mas podem ser orientadas justamente pelos elementos destacados no capítulo 3 a propósito do discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador. É dizer: os ingredientes finalístico, operacional, instrumental e funcional ali destacados servem de norte a orientar o intérprete e aplicador do direito na tarefa de delimitar, em cada caso, se o conteúdo mínimo exigível por força da reserva legal foi preenchido.

---

[506] NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 230. Tradução livre.

Mais concretamente, diante das peculiaridades do setor econômico-social sob análise, é possível considerar aspectos como: (*1*) a maior ou menor especialização técnica do segmento regulado; (*2*) o público-alvo a que dirigidas as normas sancionatórias; (*3*) a natureza da relação estabelecida entre o Poder Público e o administrado – *e.g*., se contínua ou pontual; (*4*) a específica capacidade institucional do órgão ou entidade da Administração Pública incumbido da regulamentação; (*5*) a gravidade das restrições e das sanções a que submetidos os particulares;[507] (*6*) as condições, possibilidades e capacidades institucionais do próprio legislador.

Por exemplo: é razoável supor que, em setores altamente especializados da atividade econômica, como o de telecomunicações, de óleo e gás, de energia elétrica e de saúde suplementar, sujeitos à regulação por agências técnicas, a remissão legislativa apresente-se mais genérica ou mais pautada na técnica da tipificação indireta. Tanto por força das limitações institucionais do legislador para prever, nessas searas, tipos administrativos adequados à produção dos incentivos almejados, quanto pela presumida maior capacidade de os atores regulados conhecerem as normas específicas editadas pela entidade setorial, compreenderem o seu conteúdo e interagirem com a agência no caso de dúvidas ou

[507] Para ilustrar, veja-se o seguinte caso concreto. Foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro a Ação Direta de Inconstitucionalidade ("ADI") nº 4.874, em que se argui a inconstitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada ("RDC") da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA nº 14/2012, que proibiu a fabricação e a comercialização de produtos fumígenos com aditivos, a exemplo dos cigarros com aroma e sabor, e submeteu os infratores à aplicação de penalidades administrativas, nos termos da Lei nº 6.437/1977. A RDC, portanto, é um regulamento com natureza sancionatória, já que criou tipos (associados ao descumprimento da proibição de se fabricar e comercializar fumígenos com aditivos) e estabeleceu sanções (ainda que por remissão genérica às penalidades previstas na Lei nº 6.437/1977). Ocorre que, na lei de criação da ANVISA (Lei nº 9.782/1999), além das competências regulatórias atribuídas de modo genérico à Agência (arts. 2º, III c/c §1º, II; 6º; 7º, III e 8º) e de uma competência específica – mas executiva – associada à aplicação de sanções ("autuar e aplicar as penalidades previstas em lei" – art. 7º, XXIV), o único dispositivo que trata especificamente da proibição de fabricação e comercialização de produtos é o art. 7º, inciso XV. Segundo o artigo, compete à ANVISA "proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde". Esse dispositivo, portanto, não habilitou a ANVISA para a criação de tipos associados ao banimento de produtos e insumos. Basta ver que, nele, a proibição do fabrico e da comercialização de produtos e insumos foi prevista como efeito, e não como causa. É dizer: a vedação foi prevista como uma consequência possível a cargo da ANVISA em resposta a uma conduta anterior contrária à legislação pertinente ou revestida de risco iminente à saúde. Não como autorização para a agência vedar condutas em tese e submeter o administrado a sanções. É verdade que esse juízo quanto à existência ou não de habilitação legal, assim como de remissão legal suficiente, pode se revelar difícil ou pouco claro, como se mencionou no texto. De todo modo, há razões associadas ao discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador para se sustentar que a força desse liame deva ser diretamente proporcional ao impacto da restrição e das medidas sancionatórias para os particulares. Ou seja, quanto maior a restrição às liberdades e direitos dos administrados, mais evidente deve ser o elo entre o regulamento e lei, por razões de segurança jurídica (previsibilidade), possibilidade de controle e legitimidade democrática. No caso, a proibição fixada no regulamento da ANVISA gera efeitos bastante gravosos sobre a liberdade econômica dos particulares por ela atingidos, já que proíbe a continuidade de certa atividade econômica da forma como até então ela se desenvolvia. Isso reforça as conclusões acima quanto à inexistência na lei de previsão que autorize a ANVISA a criar tipos e estabelecer sanções nessa temática. Defendendo esse entendimento, v. VORONOFF, Alice. CYRINO, André. KOATZ, Rafael. A ANVISA e a Constituição. *Jota*, 2017. Disponível em: <https://goo.gl/t8Hdp1>. Acesso em: 28 out. 2017.

irresignações. Até porque, nesses casos, a relação que se estabelece entre o regulador e o agente regulado é em geral contínua. Cabe à agência disciplinar aspectos diversos da atividade econômica do agente regulado, a exemplo de exigências societárias, contábeis, de governança, de prestação de contas, dentre outras. E não haveria como o legislador antevê-las com a suficiência necessária.

Tome-se para ilustrar o marco regulatório do setor de saúde suplementar. O art. 25 da Lei nº 9.656/1998 estabelece, de forma genérica, que a infração aos dispositivos da própria Lei "*e de seus regulamentos*" sujeita o infrator à aplicação de uma das sanções arroladas no dispositivo.[508] Por isso, tanto o descumprimento às determinações estabelecidas na própria lei, quanto a violação às determinações fixadas nos regulamentos administrativos (*in casu*, à Resolução Normativa nº 124/2006 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde), sujeitam a operadora à aplicação de uma das penalidades do art. 25 da Lei nº 9.656/1998.

Já modelos voltados a um público-alvo mais geral, ou menos setorizado, podem requerer um grau maior de densidade normativa na lei quanto à definição dos tipos e das sanções. Isso tende a viabilizar o maior acesso ao conteúdo dessas determinações pelos destinatários da regulação, por uma presumida maior publicidade e maior alcance desses comandos. Da mesma forma, a maior gravidade da sanção prevista pode ser um fator para se exigir maior grau de densidade normativa na lei, com vista a criar um ambiente de maior previsibilidade para o administrado e de maior controle da ação estatal.

Na Lei nº 12.529/2011, *e.g.*, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, o legislador arrolou expressamente em seu art. 36 quais são as infrações passíveis de punição, sem se valer de uma cláusula de remissão.[509] A despeito disso,

---

[508] "Art. 25. As infrações dos dispositivos desta Lei e de seus regulamentos, bem como aos dispositivos dos contratos firmados, a qualquer tempo, entre operadoras e usuários de planos privados de assistência à saúde, sujeitam a operadora dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente: I - advertência; II - multa pecuniária; III - suspensão do exercício do cargo; IV - inabilitação temporária para exercício de cargos em operadoras de planos de assistência à saúde; V - inabilitação permanente para exercício de cargos de direção ou em conselhos das operadoras a que se refere esta Lei, bem como em entidades de previdência privada, sociedades seguradoras, corretoras de seguros e instituições financeiras; VI - cancelamento da autorização de funcionamento e alienação da carteira da operadora."

[509] "Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição

o dispositivo contém diversos conceitos genéricos e indeterminados, como a remissão a atos que possam "*de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa*" (art. 36, inciso I). Essa estrutura mais aberta, a rigor, é inevitável. O legislador não teria meios de antecipar toda e qualquer conduta capaz de prejudicar a livre concorrência, nem capacidade técnica para fazê-lo. Cabe ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE definir o que se enquadra ou não no conceito legal.

De toda forma, essa é uma modelagem de maior densidade normativa quando comparada à cláusula genérica do art. 25 da Lei nº 9.656/1998 (referente ao segmento de saúde suplementar), o que pode ser justificado à luz de diferentes fatores: *(i)* no caso do CADE, diferentemente daquele da ANS, a relação entabulada entre o Poder Público e o agente regulado não é em regra contínua, mas circunstancial; *(ii)* o CADE tem um nicho de competência mais específico, relacionado à repressão de infrações à ordem econômica e à

---

dominante. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo. § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. §3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca."

apreciação de atos de concentração, ao passo que a ANS é competente para disciplinar vários aspectos da atividade econômica e da própria constituição válida dos agentes submetidos à sua regulação, o que responde por um contato mais próximo do regulador com os agentes regulados; *(iii)* ademais, no caso da ANS, em que o modelo regulatório desce a minúcias quanto ao funcionamento das operadoras privadas de planos de assistência à saúde, as dificuldades para o legislador na disciplina do setor são claramente maiores do que aquelas atinentes à previsão em tese do rol de infrações à ordem econômica.

Somente a partir de cada segmento econômico-social, portanto, é que se poderá perquirir como cada esquema sancionatório, pautado em uma maior ou menor densidade normativa da lei editada para conferir cobertura legal, cria ou pode criar os incentivos corretos para os fins almejados – sejam eles manter a ordem no trânsito, expandir as redes de eletricidade, combater cartéis ou evitar práticas de corrupção. Isso passa pela fixação de um marco suficientemente seguro aos particulares a quem são dirigidos os comandos e as possíveis sanções, bem como pela identificação de um elo de referibilidade entre o regulamento e a lei exigido por força da reserva legal relativa.[510]

Sem prejuízo dessa margem de flexibilidade inevitável, parece exigível que a lei contemple, ao menos, o rol em tese de sanções passíveis de serem aplicadas (incluindo, no caso das multas, faixas de valores segundo a gravidade da infração), como decorrência da segurança e previsibilidade mínimas e necessárias esperadas pelos administrados no Estado de Direito. Sem essa definição, o Poder Executivo teria ampla liberdade para criar espécies sancionatórias pela via de regulamentos. Para além da enorme imprevisibilidade, isso poderia dar margem a arbitrariedades, injustiças e excessos não desejados.

Note-se que a previsão em tese das sanções administrativas passíveis de aplicação prestigia a segurança jurídica sem engessar nem inviabilizar a atividade do administrador. Essa é uma preocupação relevante, já que a construção de modelos sancionatórios efetivos e eficientes é parte do componente funcional do discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador, o que pressupõe arranjos sancionatórios estrategicamente desenhados. Em outras palavras, concebidos para conter "armas" apropriadas (poderosas e/ou persuasivas) e por isso capazes de incentivar os administrados

---

[510] Esclarecendo que a relação de adequação entre o regulamento e a lei deve considerar "cada norma regulamentar em sua individualidade", v. SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 264-265. Ilustra o autor: "De fato, seria totalmente oca uma discussão sobre a existência de base legal suficiente para a edição do 'regulamento sobre propaganda comercial de produtos alimentícios'. É impossível fazer qualquer exame nesse plano de generalidade, que nada diz sobre o conteúdo do que se está examinando. Importa, então, é verificar as várias normas administrativas que esteja, nesse diploma regulamentar para indagar, em relação a cada uma, se contam com suporte legal adequado".

que atuem no setor, impulsionados por diferentes motivações. Daí a importância de um cardápio de sanções que seja adequado, inserido em políticas sancionatórias bem estruturadas e capazes de resistir a mudanças de gestão nas entidades e órgãos administrativos. A maior estabilidade conferida pelo veículo legal contribui para esse aspecto.

De mais a mais, no que tange à previsão em tese do rol de medidas sancionatórias possíveis, diferentemente do que se passa quanto à descrição dos tipos, é mais factível que o legislador contemple tal variedade na própria lei, ainda quando se trate de setores altamente técnicos e especializados. Ao menos em tese, portanto, esse rol deve ser previsto na lei. Sem prejuízo disso, a específica correlação entre condutas e punições cabíveis deve ser concretizada pela via do regulamento. Disso tratará o tópico a seguir.

5.3.5 Predeterminação normativa das condutas e sanções cabíveis.

Os requisitos vistos acima são predominantemente formais. Eles não bastam, contudo, para que o particular possa compreender, de forma prévia e clara, quais as condutas vedadas ou exigidas e quais as consequências a que ele está sujeito caso as descumpra – até porque a reserva é relativa, e não absoluta. O princípio da legalidade no direito administrativo sancionador, assim, exige também, como requisito adicional, a predeterminação normativa (embora não necessariamente legal) quanto aos tipos e sanções aplicáveis.

Em outras palavras, a norma há de ser completa, *"(...) capaz de antecipar, em abstrato, para os sujeitos envolvidos (regulados, usuários, interessados e reguladores), tanto a qualificação jurídica dos fatos futuros quanto o conteúdo dos atos administrativos possíveis*".[511] A conduta proibida ou exigida e as consequências de seu descumprimento devem estar claras. Na lei, se o legislador entender assim, ou na lei complementada pela disciplina infralegal.

Por isso, se a lei não contiver a especificação completa da conduta típica (como de regra não contém, seja por força do uso de cláusulas remissivas, seja de conceitos jurídicos

[511] SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 264. De acordo com o autor: "É possível, conforme o caso, que deveres, infrações e sanções não tenham fundamento imediato, mas apenas mediato, em ato normativo de nível legal (lei sem sentido formal). Mas nem por isso se admite que a atividade de regulação administrativa seja exercida diretamente por atos individuais e concretos, produzidos caso a caso pelas autoridades, sem parâmetros abstratos prévios, de índole normativa (lei em sentido material). Há para as autoridades administrativas o dever de normatizar previamente, por regulamentos, as suas ações concretas que reflitam na esfera jurídica de terceiros sempre que a disciplina completa dos atos administrativos já não se encontre na própria lei. (...) Não pode haver infração nem sanção administrativa sem norma legal ou regulamentar suficiente que as preveja. Não basta haver, em lei ou resolução, um texto principiológico, com um conteúdo embrionário. Para a aplicação de sanções no âmbito da regulação administrativa é preciso haver norma não só prévia, mas também completa" (Op. cit., p. 263-264).

indeterminados), deverá o regulamento fazê-lo. Mais ainda, cabe ao regulamento delimitar a específica sanção cabível para cada conduta ou conjunto de condutas tipificadas, se a lei da mesma forma tiver contemplado apenas o rol em tese dessas penalidades. O administrado *pode* saber, de acordo com a lei, que ao atuar em certo segmento ele se sujeita a um conjunto possível de sanções administrativas se descumprir determinações veiculadas pela agência reguladora. Mas ele *tem o direito* de saber, de antemão, qual a específica penalidade a que sujeito caso descumpra determinada exigência fixada pelo regulamento.[512]

De toda forma, isso não afasta, também nesses casos, uma margem de flexibilidade possível. Não há óbice a que no ato regulamentar (ou na lei, se ela tiver tratado do tema) duas ou mais espécies sancionatórias sejam associadas a uma mesma conduta típica, possibilitando-se que, no momento de sua aplicação, o agente público, diante das circunstâncias da infração (*e.g.*, da existência de agravantes ou de atenuantes), selecione justificadamente o *quantum* e o tipo de punição cabível. A Lei nº 6.437/1977, por exemplo, que estabelece as infrações à legislação sanitária federal e estabelece as sanções respectivas, utiliza como técnica a descrição do tipo seguida da previsão, em tese, de mais de uma penalidade passível de aplicação.[513] Caberá à Administração Pública, em cada caso, definir a sanção cabível.

Saliente-se, por fim, que a exigência de predeterminação normativa não se confunde com taxatividade. Há casos em que certa flexibilidade é natural e necessária para permitir uma correspondente flexibilidade na fase de interpretação e aplicação do tipo. É o que se passa, por exemplo, quando os tipos comportam conceitos jurídicos indeterminados, cuja delimitação se

---

[512] A ausência de predeterminação normativa suficiente é outro problema que pode ser identificado na Resolução da Diretoria Colegiada ("RDC") da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA nº 14/2012, que proibiu a fabricação e a comercialização de produtos fumígenos com aditivos, mencionada na nota de rodapé nº 507. É que, em seu art. 11, a RDC remete genericamente à Lei nº 6.437/1977 *("Art. 11. O descumprimento das disposições contidas nesta Resolução constitui infração sanitária, nos termos da Lei n. 6.437, de 20 de agosto de 1977, sem prejuízo das responsabilidades civil, administrativa e penal cabíveis"*). Ocorre que a Lei nº 6.437/1977, que configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas e dá outras providências, contém um rol genérico de treze sanções passíveis de aplicação (cf. art. 2º) e nada menos do que quarenta e duas infrações às quais, em tese, poder-se-ia tentar subsumir a vedação criada pela RDC quanto aos cigarros com aditivos. Logo, dizer que o descumprimento às disposições regulamentares constitui infração sanitária, nos termos da Lei n. 6.437/1977, é insuficiente. O administrado não tem como saber, com clareza e segurança, a qual delas a sua conduta se subsumiria. A Resolução falha em individualizar as consequências a que sujeito o particular que descumprir seus comandos. Eis um fator de insegurança jurídica incompatível com o modelo de justificação do direito administrativo sancionador.

[513] Como no art. 10, inciso I: "Art . 10 - São infrações sanitárias: I - construir, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, laboratórios de produção de medicamentos, drogas, insumos, cosméticos, produtos de higiene, dietéticos, correlatos, ou quaisquer outros estabelecimentos que fabriquem alimentos, aditivos para alimentos, bebidas, embalagens, saneantes e demais produtos que interessem à saúde pública, sem registro, licença e autorizações do órgão sanitário competente ou contrariando as normas legais pertinentes: pena - advertência, interdição, cancelamento de autorização e de licença, e/ou multa."

abre a uma margem mais elástica de apreciação no caso concreto. De toda forma, duas situações precisam ser diferenciadas.

Em alguns casos, a lei pode conter um conceito jurídico indeterminado que, para ser compreendido, a ponto de orientar adequadamente a conduta dos particulares, demande a elaboração de ato normativo infralegal (e não o mero preenchimento no caso concreto). Disso é exemplo o caso hipotético já mencionado, de lei que proíba o ingresso de indivíduos em parque municipal com animais ferozes. A compreensão do que sejam animais ferozes não é óbvia nem inequívoca.

Essas situações, de todo modo, não se confundem com aquelas em que a concretização do conceito indeterminado se revelar "*razoavelmente factível em virtude de critérios lógicos, técnicos ou de experiência e permitam prever, com suficiente segurança, a natureza e as características essenciais das condutas que constituem a infração tipificada*".[514] Nessas hipóteses, a despeito do conceito mais aberto na norma, a possibilidade de sua compreensão pelo administrado não é afetada. Isso atende ao requisito da predeterminação normativa.

Em suma, o que se defende na tese é a existência de uma reserva relativa de lei material no direito administrativo sancionador brasileiro voltada à definição de infrações e de sanções, como exigência que se conecta aos elementos delimitados no capítulo 3 atinentes ao discurso de justificação, interpretação e aplicação ali apresentado. Exigência essa que admite a previsão, na lei, de cláusulas remissivas, desde que verificadas: *(i)* habilitação legal explícita ao exercício da competência regulamentar pelo Poder Executivo; e *(ii)* remissão legal suficiente, ainda que em graus variados, mas que tenha o condão de caracterizar o regulamento como um produto da lei, e não uma criação independente, além de conter o rol em tese das sanções administrativas passíveis de serem aplicadas. Em qualquer caso, há de se verificar se foi preenchido o requisito de predeterminação normativa, enquanto exigência de descrição normativa suficiente (não necessariamente legal), clara e prévia da conduta infracional e da sanção específica a que sujeito o infrator (ou das possíveis sanções, devidamente especificadas).

Esse específico padrão de legalidade, ao tempo em que evidencia as diferenças existentes entre os direitos administrativo e penal, procura responder às peculiaridades do direito administrativo sancionador. A reserva legal relativa, da forma como delimitada, permite atender à demanda por flexibilidade, dinamismo, criatividade institucional e

---

[514] Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença Constitucional nº 219/1989, Sala Primeira, Recurso de Amparo nº 1.440/1987, de 22 de janeiro de 1990. Disponível em: <https://goo.gl/uZyLvm>. Acesso em: 12 nov. 2017. Tradução livre.

tecnicidade inerentes ao funcionamento do direito administrativo contemporâneo, no qual a sanção, como ferramenta ou instrumento regulatório, deve ser compreendida sob a ótica dos incentivos passíveis de serem produzidos, e não sob um olhar eminentemente retributivo.

Mas o modelo não desampara o administrado. A exigência formal de (ao menos) uma lei habilitadora da competência administrativa, com um conteúdo mínimo (de maior ou menor densidade), possibilita um cenário mais estável e seguro para o administrado, assim como de maior possibilidade de controle da ação punitiva da Administração Pública. Por isso e pelas razões acima apontadas, esse modelo vai ao encontro dos elementos finalístico, instrumental e funcional defendidos na tese.

É verdade que, como já se ressalvou, os parâmetros ora sugeridos não são exaustivos e ainda apresentam um grau de generalidade importante. Mas já permitem um estado de maior entendimento.

5.3.6 O princípio da legalidade sob outra dimensão. Um distinguishing necessário.

Até aqui, estudou-se o princípio da legalidade aplicado à criação de infrações e de sanções administrativas. Defendeu-se, para tanto, a existência de uma reserva de lei relativa e material. O regulamento deve se apresentar como um desdobramento da vontade soberana do povo, expressada na lei, independentemente deste elo de referibilidade ser mais ou menos intenso em cada caso. Mas sempre presente. Nesses casos, o princípio assume um viés garantístico mais evidente (ainda que atenuado quanto à legalidade penal), justificável como freio ao arbítrio do administrador e exigência à necessária previsibilidade que o administrado espera e lhe deve ser proporcionada.

Há, contudo, uma segunda vertente do princípio da legalidade que também opera dentro do direito administrativo sancionador, mas fora da seara específica da delimitação dos tipos e de suas respectivas sanções. De fato, há temas que passam ao largo da definição propriamente dita das infrações e das sanções, como aspectos processuais e a maneira de se calcular a medida da punição cabível. Essa faceta da legalidade pôde ser observada, *e.g.*, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 20.254/SP[515] pelo Superior Tribunal de Justiça, quando se discutiu se, mesmo sem previsão na lei, o

[515] STJ, Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 20.254-SP, Sexta Turma Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada), julgamento em: 15/08/2013, publicação em: 27/08/2013.

administrado teria o direito de arguir a suspeição ou o impedimento de membro de comissão de sindicância.[516]

Ao analisar o tema, o STJ concluiu desfavoravelmente ao administrado. Na hipótese, como a lei local reguladora do processo administrativo não previa o pedido de suspeição, entendeu-se que o administrador não estaria obrigado a apreciá-lo. Esse não seria um direito assegurado ao particular. Logo, ao não conhecer do pedido de suspeição, a autoridade coatora teria se limitado a seguir "o *princípio da legalidade estrita",* fazendo *"apenas o que lhe é permitido por lei*".[517]

O Tribunal, contudo, atribuiu à legalidade um sentido restritivo injustificável. Em casos desse tipo, como se verá, há razões para sustentar que o princípio da legalidade possa (por vezes, deva) se manifestar em um ambiente de maior liberdade criativa pela Administração Pública, tal como no direito administrativo em geral. Assim, inclusive, por força dos elementos que integram o discurso de legitimação defendido na tese e que justificam um espaço de maior flexibilidade e inovação pelo Poder Executivo.

Refere-se, *e.g*., à possibilidade da edição de regulamentos de natureza independente pela Administração Pública (*i.e*., sem referibilidade direta na lei, e sim na Constituição) em matéria de procedimento em geral. Ainda, ao reconhecimento de que a legalidade não pode ser usada pelo administrador para afastar direitos constitucionais que decorrem não da incidência do regime penal à espécie, mas da própria natureza administrativa da relação estabelecida com o particular. No caso do STJ, a legalidade não poderia ter sido manejada acrítica e arbitrariamente para fragilizar o direito do particular – assegurado desde a Constituição, cf. art. 37, *caput* – a um procedimento imparcial que, inclusive, poderá onerá-lo pela aplicação de uma sanção (ou, no mínimo, pela instauração de um processo sancionatório para esse fim, que o seja). Até porque, em linha com o elemento funcional a que se aludiu no capítulo 3, não faria sentido que, nas relações em geral, o princípio da imparcialidade fosse

---

[516] "Sindicância administrativa ou abreviadamente, sindicância é o meio sumário de que se utiliza a Administração do Brasil para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no Serviço Público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário público responsável. Não se trata de procedimento temerário da Administração, consistindo, ao contrário, em operação preliminar, realizada a*d cautelam* que inúmeras vêzes poupa ao Estado processos demorados e dispendiosos, ao mesmo tempo que livra o servidor público de envolver-se, gratuitamente, nas malhas de processo administrativo dentro do qual teria de defender-se, quer fôsse o causador da irregularidade ou não." CRETELLA JR. José. A sindicância no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 72, p. 428-434, 1963, p. 429.

[517] Cf. trecho da ementa: "(…) 5. A Lei n. 10.177/98, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo, não prevê o expediente da arguição de suspeição ou impedimento, tendo a autoridade coatora seguido o princípio da legalidade estrita, ao fazer apenas o que lhe é permitido por lei".

assegurado como princípio orientador da atividade administrativa, mas não em procedimentos investigativos.[518]

Para aprofundar o ponto, vale recorrer ao raciocínio desenvolvido em uma decisão proferida pelo Tribunal Ambiental de Santiago do Chile no ano de 2013.[519-520] No precedente, o Tribunal foi instado a analisar a legalidade da decisão da Superintendência do Meio Ambiente ("SMA"), veiculada pela Resolução Isenta ("Resolución Exenta")[521] nº 477, que aplicou penalidades à Compañía Minera Nevada SpA na esfera administrativa pelo descumprimento: (a) de diversas condições previstas na Resolução de Qualificação Ambiental relativa ao projeto exploratório da companhia; e (b) na "Resolución Exenta" nº 107, ato administrativo que ordenara a adoção de medidas de precaução pela empresa para impedir a continuidade de determinados riscos de danos. Esses riscos, de sua vez, haviam sido identificados pelo próprio agente regulado e submetidos à SMA por meio de autodenúncia.

O assunto foi levado ao Tribunal Ambiental por força de reclamações oferecidas por interessados[522] contra a Resolução Isenta nº 477, baseadas na alegação de um conjunto de ilegalidades. Dentre os fundamentos deduzidos, questionou-se o fato de o ato sancionador ter reconhecido a existência de concurso de infrações. Logo, para calcular a punição cabível, a SMA entendeu que em cada um dos instrumentos de gestão (a Resolução de Qualificação Ambiental e a Resolução Isenta nº 107) somente uma das violações deveria ser tomada como principal, e as demais como agravantes (e não como infrações autônomas, sujeitas a punições cumulativas). Isso reduziu significativamente o *quantum* final da sanção. Segundo a SMA:

> "(...) A quantidade de normas, condições e/ou medidas estabelecidas na Resolução de Qualificação Ambiental e na Resolução Isenta nº 107 que foram infringidas, deve considerar-se como uma circunstância agravante, dado que o modelo sancionatório ambiental foi desenvolvido sobre a base de uma tipificação de ilícitos por

[518] O princípio da imparcialidade, afinal, é um dos pilares que regem a atividade da Administração Pública em geral, conforme o *caput* do art. 37 da CRFB. É uma das exigências, portanto, que caracteriza o específico *modus operandi* da atuação administrativa, e por isso se insere no marco da abordagem funcional defendida no capítulo 3 da tese.

[519] O Tribunal Ambiental Chileno é "um órgão jurisdicional especial, autônomo e independente, cuja função é resolver as controvérsias relacionadas ao meio ambiente de sua competência e tratar dos demais temas que a lei submete a seu conhecimento (artigo 1 da Lei n° 20.600)". Disponível em: <https://goo.gl/T9UnTQ>. Acesso em: 29 set. 2017. Tradução livre.

[520] Tribunal Ambiental do Chile, Rol R-6-2013, de 03 de março de 2014. Disponível em: <https://goo.gl/VPWG7G> Acesso em: 11 nov. 2017.

[521] A "Resolución Exenta" (ou resolução isenta, em tradução livre) é uma espécie de resolução administrativa. No Chile, as resoluções em geral se submetem a um controle jurídico prévio e geral acerca de seus aspectos de legalidade e constitucionalidade. A resolução é isenta quanto não está submetida a esse procedimento de controle prévio.

[522] A saber: um grupo de agricultores e irrigadores da comuna de Alto del Carmen, as Comunidades Indígenas Diaguitas e duas empresas agrícolas.

> instrumentos de gestão ambiental, pelo que basta um fato apenas, ato ou omissão constitutivo de infração para incorrer em responsabilidade administrativa. Nesse sentido, a concorrência de múltiplos fatos, atos ou omissões que infringem normas, condições e medidas estabelecidas nesses instrumentos configura um concurso infracional, motivo pelo qual resulta procedente agravar a sanção diante da quantidade de infrações incorridas em um só instrumento."[523]

Ao ver dos reclamantes, a decisão seria nula porque o concurso de infrações não conta com previsão legal. Nas reclamações, tomou-se como referência a Lei nº 20.417/2010 (ou Lei Orgânica da Superintendência do Meio Ambiente – LOSMA), que disciplina as competências sancionatórias em matéria ambiental e as atribui à SMA.

Em sua defesa, o órgão ambiental argumentou que a legalidade de sua conduta decorreria justamente do fato de Lei nº 20.417/2010 não ter especificado a sanção aplicável a cada um dos descumprimentos identificados nos instrumentos de gestão. Diante disso, o agrupamento das infrações surgiria como a solução mais consentânea com o ordenamento jurídico, sob pena de, de outra forma, ter-se que reconhecer a própria inconstitucionalidade da lei em questão, por se tratar de uma lei sancionatória supostamente branco.[524]

Em sua decisão, o Tribunal Ambiental acolheu as reclamações oferecidas. Os magistrados entenderam que, não existindo norma expressa na Lei nº 20.417/2010 que autorizasse o concurso de infrações, nem mesmo qualquer remissão naquele diploma às regras do Código Penal ou Processual Penal, não haveria respaldo para a técnica de quantificação utilizada pela SMA. Em outras palavras, ela seria contrária ao princípio da legalidade aplicável à Administração Pública.

A decisão foi objeto de críticas bastante duras – e pertinentes – tecidas pelos juristas chilenos Matías Guiloff Tittun e Pablo Soto Delgado. Para eles, o Tribunal aproximou a legalidade administrativa à penal sem se considerar o papel específico atribuído às sanções administrativas no esquema regulatório em que inseridas. Papel esse que, desde uma perspectiva responsiva, pressupõe que a autoridade administrativa tenha espaço de apreciação suficientemente largo para aplicar sanções mais ou menos graves, conforme o comportamento mais ou menos colaborativo do administrado. Exatamente por isso, afirmam os autores, justificar-se-ia a opção da Superintendência do Meio Ambiente de não punir separadamente cada um dos descumprimentos quanto às metas e determinações impostas à empresa.[525]

---

[523] Disponível em: <https://goo.gl/xipNjZ>. Acesso em 29 set 2017. Tradução livre.

[524] Conforme consta de TITIUN, Matías Guiloff; DELGADO, Pablo Soto. Sanciones administrativas, discrecionalid y revisión judicial: uma mirada desde la regulación responsiva. In: BÓRQUEZ, Juan Carlos Ferrada; SOTO, Jorge Bermúdez; RODRÍGUEZ, Francisco Pinilla (Coord.). *La nueva justicia ambiental*, Santiago: Thompson Reuters, 2015. p. 101-124, p. 110.

[525] TITIUN, Matías Guiloff; DELGADO, Pablo Soto. *Op. cit.*, p. 111.

Segundo Matías Guiloff e Pablo Soto, o discurso formal de legalidade defendido pelos julgadores traz subjacente uma concepção acentuadamente retributiva – e por isso equivocada – da sanção administrativa, pautada na seguinte lógica: se a companhia mineradora errou e merece ser castigada por sua conduta, o meio mais idôneo para tanto seria puni-la da forma mais gravosa possível, logo que detectado o ilícito. No caso narrado, isso levaria à aplicação de penalidades autônomas para cada um dos descumprimentos, de forma diversa ao que fez a SMA.

O problema é que essa perspectiva não toma em consideração a específica natureza da relação estabelecida entre a autoridade ambiental e o agente regulado. Trata-se de uma interação usualmente duradoura, embasada em instrumentos de médio e longo prazo, como os contratos de concessão de serviços públicos e, no caso analisado, uma autorização para exploração de atividade econômica condicionada ao cumprimento de requisitos durante um período mais ou menos extenso, nos termos da resolução de qualificação ambiental expedida. Ou seja, entre o regulado e o regulador – este incumbido de zelar pelo cumprimento das exigências ambientais – estabelece-se uma relação iterativa, de vários encontros, que não é necessariamente adversarial, mas pode ser (e tanto melhor que o seja) colaborativa. Daí porque:

> "É justamente esse caráter iterativo da ligação entre regulador e regulado no âmbito da fiscalização ambiental o elemento que torna razoável para o primeiro assumir uma estratégia dirigida a incentivar a colaboração. O que interessa à SMA é o cumprimento da normativa ambiental, e, para alcançá-lo, deve utilizar a estratégia que se revele menos custosa. Isso leva a analisar quais são os principais custos enfrentados pelo órgão administrativo no momento de perseguir o seu objetivo. O principal deles é, sem dúvida, a dificuldade de obter informação acerca do cumprimento da normativa, dada a complexidade e localização dos projetos, assim como às próprias limitações da SMA relativas à quantidade de pessoal e recursos para realizar fiscalizações. Há, ademais, outros inconvenientes; pense-se, por exemplo, naqueles que decorreriam das impugnações judiciais que seguramente se colocariam como reação frente à utilização de sanções vultosas como meio para gerar dissuasão diante de eventuais descumprimentos.
> Diante dessas considerações, é sensato que a SMA opte, em princípio, por uma estratégia que promova a colaboração do regulado, o que lhe permitirá obter informação sobre o nível de conformidade com os regulamentos ambientais a um custo menor. Adicionalmente, isso lhe permite empregar seu tempo e pessoal na fiscalização, ao invés de dedicá-lo a preparar defesas a impugnações judiciais. (...)".[526]

[526] TITIUN, Matías Guiloff; DELGADO, Pablo Soto. *Op. cit*., p. 113. Tradução livre. Grifou-se. Saliente-se que os autores reconhecem ser essa uma solução caso a caso. Diante de um particular que não se revele aberto a uma postura colaborativa, devem ser utilizadas respostas mais drásticas, justamente para motivas que esse particular e os demais entendam os benefícios da postura de colaboração. *Op. cit*., p. 113.

Ou seja, a decisão menos gravosa, mas mais capaz de incentivar a colaboração entre as partes, apresentava-se no caso estudado como aquela que potencialmente reduziria mais custos para a Administração Pública, ao permitir a racionalização no emprego dos recursos e incentivar o maior cumprimento da legislação. De toda forma, os autores admitem que esse poder de calibragem deve ter respaldo na lei. E justamente por isso, na sequência de sua argumentação, puseram-se a analisar: (i) se, de fato, a lei conferiu discricionariedade à SMA para atuar estrategicamente, optando, de forma justificada, pela aplicação de sanções mais ou menos rigorosas; e (ii) se, no exercício dessa competência, é lícito que o órgão ambiental, mesmo sem previsão expressa na lei, utilize a técnica do concurso de infrações para punir o particular.

Nos dois casos, a conclusão foi afirmativa.[527] Especificamente quanto à segunda indagação, os autores propuseram que, na falta de determinação expressa na lei, os dispositivos do próprio diploma legal fossem interpretados de forma sistemática. Nesse sentido, ponderaram que: (a) o art. 2º da Lei nº 20.417/2010[528] estabeleceu que a SMA terá por objetivo executar, organizar e coordenar o monitoramento e o controle dos instrumentos de gestão ambiental estabelecidos na legislação; (b) o art. 3º, alínea "o", da mesma Lei, especificou que a Superintendência terá, dentre as suas funções e atribuições, a de "*[i]mpor sanções de acordo com as disposições desta lei*"; (c) já o art. 35 estabeleceu ser competência exclusiva da SMA exercer a potestade sancionatória diante, dentre outros casos, do "*descumprimento das condições, regras e medidas estabelecidas nas resoluções de qualificação ambiental*" (alínea "a"). Logo, se o legislador outorgou as referidas competências à SMA, inclusive – e especialmente – para, de forma privativa, impor sanções diante do descumprimento de instrumentos de gestão ambiental, "*[e]sse é um juízo legislativo que deve ter alguma relevância para a solução de casos não previstos pela lei*".[529]

É dizer: o legislador valorou e enfatizou a específica capacidade institucional do órgão administrativo, fixando-a expressamente na sua lei de criação. Trata-se de um elemento

---

[527] Quanto à primeira pergunta, eis o que afirmam os autores: "Como pode ser visto, o exercício do poder sancionador pela SMA se encontra relativamente regrado na LOSMA: (...) Tudo isso, sem embargo, não deve fazer perder de vista que a SMA tem uma margem de apreciação relevante para qualificar a infração dentro de uma das três categorias estabelecidas na LOSMA; e, logo, para determinar a sanção aplicável a essa infração de acordo com o estabelecido nos arts. 39 e 40 do aludido texto legal. (...)". TITIUN, Matías Guiloff; DELGADO, Pablo Soto. *Op. cit.*, p. 115. Tradução livre.

[528] *In verbis*: "Artigo 2º.- A Superintendência do Meio Ambiente terá por objetivo executar, organizar e coordenar o acompanhamento e a fiscalização das Resoluções de Qualificação Ambiental, das medidas dos Planos de Prevenção e/ou de Descontaminação Ambiental, do conteúdo das Normas de Qualidade Ambiental e Normas de Emissão, e dos Planos de Manejo, quando apropriado, e todos os outros instrumentos ambientais estabelecidos pela lei". Tradução livre.

[529] TITIUN, Matías Guiloff; DELGADO, Pablo Soto. *Op. cit.*, p. 116. Tradução livre.

importante, em linha com a dimensão funcional destacada no capítulo 3 da tese, a orientar o aplicador do direito. Quando faltar previsão expressa a respeito do tratamento jurídico de certa matéria, a repartição de competências e missões institucionais deve servir como critério voltado de iluminar o melhor entendimento a ser adotado.

No caso analisado, embora a lei não dispusesse expressamente sobre a técnica do concurso de infrações, ela também não impedia que uma decisão nesses termos fosse tomada pela Administração Pública. Logo, a referida leitura institucional associada às razões já apontadas quanto ao papel estratégico da sanção administrativa justificariam a prevalência da solução administrativa. Mesmo porque, no limite, a acumulação de sanções poderia até inviabilizar a empresa, desconsiderando-se inclusive que a mesma, de forma cooperativa, ofereceu autodenúncia à SMA quanto às condicionantes por ela descumpridas.

O exemplo ilustra, então, a dupla faceta pela qual a legalidade deve ser compreendida na matéria de direito administrativo sancionador. Uma mais rígida e a outra mais flexível. É que o princípio da legalidade opera como garantia e limite quando está em jogo a restrição dos direitos dos particulares, mediante a previsão de tipos e de punições. Mas há outras situações envolvendo a aplicação do direito administrativo sancionador em que a legalidade, se tomada como barreira e limite, pode inviabilizar soluções tanto mais alinhadas aos aspectos funcionais, finalísticos e ao caráter instrumental da sanção administrativa, como mais benéficas aos próprios administrados. Nessas hipóteses, há de se atribuir à legalidade o sentido mais amplo (de juricididade) que atenua a exigência de reserva legal.

Foi o que defenderam Matías Guiloff e Pablo Sotto a propósito do julgado citado. Para eles, a definição do *quantum* da penalidade cabível, mediante a utilização ou não da técnica do concurso de infrações, sujeita-se a um espaço decisório de maior criação por parte da Administração Pública, por razões tanto de capacidade institucional, quanto associadas ao papel estratégico que a sanção administrativa desempenha no campo regulatório. Os juristas têm razão.[530] Há no direito administrativo sancionador, como se disse, um espaço amplo distinto da determinação dos tipos e modalidades de sanções. Um ambiente em que a atenuação da legalidade – associada ao sentido mais livre reconhecido no direito administrativo em geral – não coloca necessariamente em xeque as preocupações acima apontadas, atinentes à segurança jurídica e à proteção dos particulares contra o arbítrio estatal, e mais bem se harmoniza com o olhar para a sanção administrativa como ferramenta de criação de incentivos.

[530] Ainda que, como se verá no capítulo seguinte, o melhor caminho seja a institucionalização de procedimentos que regulem o exercício dessa discricionariedade.

Veja-se que, no exemplo chileno (assim no caso julgado pelo STJ no inicio deste subitem), a legalidade foi usada pelo Tribunal para agravar a situação do administrado, o que difere das hipóteses em que, sob o pálio da reserva legal (ainda que relativa), alude-se à legalidade com vista à maior segurança e proteção dos administrados. Ao tomar sua decisão, ademais, o Tribunal Ambiental asfixiou um espaço de construção mais amplo que deveria ter sido reconhecido ao administrador para considerar, naquele caso, fatores específicos como a motivação do administrado e as peculiaridades do segmento econômico-social regulado, e, dessa forma, propiciar um grau mais efetivo e eficiente de cumprimento da legislação.

Seja como for, esse padrão de legalidade mais flexível não dispensa – antes reforça – a necessidade da devida fundamentação. Não basta que o administrador se ancore em uma suposta prerrogativa institucional para decidir quando e como punir, como calcular sanções ou convertê-las em soluções alternativas. A possibilidade desses juízos ocorre na exata medida em que eles se revelem passíveis de serem controlados. E isso pressupõe motivação suficiente, racional e alinhada às singularidades de cada caso.

Aliás, justamente pela ausência dessa fundamentação, Matías Guiloff e Pablo Sotto acabaram por reconhecer que, a despeito das várias críticas por eles tecidas, o Tribunal Ambiental decidiu corretamente ao anular a decisão do órgão ambiental, já que destituída da devida motivação. Trata-se de requisito que, antes de contrariar, põe-se em linha com o modelo de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador defendido na tese.

De um ângulo, a natureza administrativa da potestade sancionatória justifica um regime mais flexível, que propicie o alcance dos objetivos buscados por intermédio do instrumental regulatório. Mas como atividade administrativa que é, ela pressupõe a observância às exigências em geral aplicáveis à atuação da Administração Pública, tais como a publicidade e a devida fundamentação das decisões. Exigências que se impõem, inclusive, como decorrência dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que na seara sancionatória assumem especial vigor.

A devida fundamentação, afinal, permite o controle de medidas arbitrárias violadoras de direitos dos particulares, da racionalidade da solução adotada (à luz dos incentivos que ela possa produzir e dos objetivos buscados), bem como dos critérios adotados em cada decisão (a fim, *e.g.*, de que alguns particulares não sejam privilegiados injustificadamente em detrimento de outros). Esse ponto específico – da devida fundamentação no âmbito do direito administrativo sancionador – é tão relevante que será objeto de um capítulo próprio. A ideia é que também essa etapa, de fundamentação das soluções encontradas para o direito

administrativo sancionador, possa ser impregnada pelos elementos apresentados no capítulo 3 da tese.

6 **FUNDAMENTAÇÃO E PROCEDIMENTO**

6.1 **Conceber, interpretar, aplicar – e fundamentar: reconstruindo em etapas.**

Nos capítulos anteriores, procurou-se demonstrar de que forma o discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador pode iluminar a criação de modelos sancionatórios, bem como a densificação de seu regime jurídico. Mas há ainda outra etapa. Construir, interpretar e aplicar de forma correta são passos fundamentais, mas que podem não ser suficientes. E isso porque uma argumentação inadequada em torno da decisão sancionatória tem potencial para comprometer os avanços obtidos nas etapas anteriores. Isto é: ainda que a sanção tenha sido adequadamente concebida no plano normativo; ainda que ela tenha sido aplicada segundo um regime jurídico corretamente interpretado; se a argumentação utilizada, seja pelo Poder Executivo, seja pelo Judiciário, for puramente formalista, apenas pragmática, excessivamente genérica ou descolada, em geral, dos elementos que justificam o exercício dessa potestade, haverá espaço para mais confusões e desajustes.

É verdade que aplicar e fundamentar o direito são atividades intimamente conectadas. Mas a conexão não é necessária. O administrador pode desenvolver um raciocínio correto e alcançar a melhor solução, mas falhar no momento de motivá-la. Por isso se elegeu um capítulo à parte para a motivação. A seguinte situação hipotética ilustra o ponto.

Imagine-se que certo administrado deixe de apresentar um formulário mensal à agência reguladora durante dois anos. A Administração Pública, verificando que a aplicação de multa por cada uma dessas omissões poderia levar a um valor exorbitante, decide que a infração deve ser tratada de forma continuada, aplicando-se-lhe uma sanção-base majorada por circunstâncias agravantes. Para concluir dessa forma, a autoridade, embora ciente da inexistência de previsão expressa na legislação quanto a essa possibilidade, toma em consideração aspectos como a delegação legal de poderes regulatórios amplos à entidade administrativa, sua postura cooperativa, aspectos como a saúde financeira da empresa e as razões para o descumprimento. Mas isso não é garantia de que a motivação da decisão refletirá esses elementos.

Em um exercício argumentativo, pode-se cogitar de diferentes estratégias de fundamentação, como as seguintes: a agência *1)* argumenta que se aplica ao caso, por

analogia, a previsão constante do Código Penal relativa às infrações continuadas,[531] diante da natureza una do *ius puniendi* estatal;[532] *2)* afirma que essa solução seria imperativa, sob pena de esbarrar no princípio da vedação ao excesso, já que a aplicação de penalidade em *quantum* exorbitante violaria princípios humanitários de política repressiva;[533] *3)* aduz que essa é uma decisão que se insere na órbita da discricionariedade técnica do administrador – e apenas isso*; 4)* esclarece que, a despeito da inexistência de previsão expressa da solução continuada, a soma das multas levaria à inviabilização da empresa; ou *5)* registra que, embora não prevista expressamente na lei de sua criação, o legislador outorgou à agência competência para analisar, em cada caso, o *quantum* de punição adequado, à luz dos objetivos de interesse público perseguidos. Logo, considerando-se os motivos específicos pelos quais o administrado deixou de apresentar os formulários; o fato de que, identificada a infração, ele adotou postura colaborativa voltada a solucionar o impasse, comprometendo-se a regularizar a entrega dos formulários pretéritos dentro de um cronograma ajustado com o regulador; a circunstância de esse agente regulado não possuir um histórico de violações à regulação; e a higidez financeira da empresa, que poderia ser comprometida pela aplicação de uma multa exorbitante, justificar-se-ia a técnica da infração continuada.

---

[531] O art. 71 do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940) estabelece que: "Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços". A sua extensão ao âmbito administrativo é defendida por Fábio Medina Osório, nos seguintes termos: "As definições plasmadas no Código Penal pátrio, notadamente no art. 71 do Código Penal, reproduzidas neste espaço, permitem, no mínimo, a constituição de ferramenta extraordinária, para resolução de problemas análogos dentro do Direito Administrativo Sancionador, a partir de comprometimento com critérios isonômicos, de justiça material e de interdição à arbitrariedade do Estado. Eis o devido processo legal a ditar regras pertinentes. Permanece o difícil problema de identificar critérios seguros que permitam o reconhecimento da continuidade de infrações, ou a chamada unidade ficta de infrações, o que poderia remeter ao vazio normativo reinante, ou às potencialidades do legislador federativo, é dizer, em todas as unidades competentes. Porém, não havendo fixação de critérios soberanos pelo legislador específico, não se há de duvidar da pertinência da analogia fundamentada". OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 359.

[532] É o entendimento de Helaine Ferreira Arantes: "Deste modo, às infrações disciplinares, em face do princípio da absorção pelo qual o ilícito administrativo tem o mesmo tratamento do ilícito penal, alcançam todas as normas e princípios que regem o Direito Penal Brasileiro, inclusive o artigo 71 do Código Penal, *verbis*, que trata de crimes continuados (...)". ARANTES, Helaine Ferreira. Da infração administrativa continuada. *Âmbito Jurídico*. [S.l.: s.n., 200-]. Disponível em: <https://goo.gl/FqfNqM>. Acesso em: 28 out. 2010. Na jurisprudência, veja-se o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça: "ADMINISTRATIVO - SUNAB DELEGADA N. 4 - INCIDÊNCIA NA VENDA DE CONFECÇÕES FINAS - INFRAÇÕES CONTINUADAS. *Omissis*. II- A punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teleológica, com a sanção penal. E correto, pois, observar-se em sua aplicação, o principio consagrado no art. 71 do Código Penal. III- Na imposição de penalidades administrativas, deve-se tomar como infração continuada, a série de ilícitos da mesma natureza, apurados em uma só autuação". STJ, Recurso Especial nº 19.560-RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgamento em: 15/09/1993, publicação em: 18/10/1993, p. 21.841.

[533] Também sob a ótica de Fábio Medina Osório: "Também no Direito Administrativo Sancionador pode ocorrer continuidade de infrações, uma continuação de fatos ilícitos que recomenda cautelas na imposição cumulativa de sanções. Aqui, na prática, há uma série de fatos autônomos. Todavia, por um princípio humanitário de política repressiva, não se tem descurado do tratamento mais benigno, ou pelo menos não tão severo, que têm merecido tais hipóteses de infrações". OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 358.

As duas primeiras estratégias argumentativas se baseiam em razões normativas genéricas que, se questionadas perante o Poder Judiciário (*e.g.*, no âmbito de uma ação popular ou de uma ação movida pelo Ministério Público), poderiam levar a cenários de controle diametralmente opostos. E isso com base em razões também genéricas, de índole normativa e formal. Com efeito, não surpreenderia se o Poder Judiciário, que em regra possui maior habilidade para lidar com raciocínios desse tipo, chancelasse a decisão administrativa pelo mesmo fundamento de aplicação analógica da previsão extraída do Código Penal. Mas os magistrados também poderiam entender, no extremo oposto, pela transposição do princípio da legalidade estrita penal ao âmbito administrativo e, dessa forma, concluir pela impossibilidade de a Administração Pública, sem previsão expressa na lei, se valer de uma técnica inovadora de quantificação da penalidade. Logo, o mesmo olhar normativo e formalista ou diferentes olhares dessa natureza, acentuadamente genéricos, poderiam servir à "justificação" de decisões em sentidos diametralmente opostos.

As argumentações nº 3 e nº 4 também apresentam fragilidades. De um lado, a simples alusão à discricionariedade técnica do administrador nada justifica. São necessários elementos que explicitem, concretamente, por que a solução adequada se revela a mais consentânea com o ordenamento jurídico. De outro lado, a decisão apoiada apenas em elementos do caso concreto poderia ser tida como estritamente pragmática e, por isso, destituída do devido respaldo legal. Num e noutro casos, o ato administrativo revelar-se-ia frágil e passível de revisão por uma decisão judicial pautada em argumentos – possivelmente – normativos, formalistas e genéricos, tais como os vistos acima.

Já no item nº 5, sugeriu-se uma argumentação mais consistente e racional. Ela não prescinde do elemento formal, mas o combina a outros, associados às dimensões finalística, instrumental e funcional da sanção administrativa. Justificou-se, em primeiro lugar, o espaço decisório conferido pela lei ao administrador. Em seguida, foram ressaltados aspectos do caso concreto, tirados das peculiaridades da relação específica estabelecida entre o regulador e o regulado, para, à luz dos incentivos passíveis de serem produzidos pela sanção administrativa e dos objetivos perseguidos, concluir-se pela aplicação da técnica da infração continuada.

É à necessidade desse discurso que se refere na tese, como horizonte para um maior entendimento no campo do direito administrativo sancionador. Uma estratégia argumentativa que, de um lado, não descure da necessária referência ao ordenamento jurídico, mesmo que sob uma ótica de legalidade mais ampla, a conferir legitimidade formal ao entendimento adotado pela Administração Pública. Isso é imprescindível para assegurar que os fins não justifiquem os meios, no bojo de decisões estritamente pragmáticas. Mas uma fundamentação

que, atenta às peculiaridades da atividade administrativa sancionatória, evidencie por que a decisão tomada é a melhor; a mais eficiente; a mais legítima, à luz dos elementos que justificam o aparato administrativo sancionatório.

Os itens 6.2. e 6.3. a seguir são espécies de exercícios argumentativos para deixar ainda mais clara a importância de um discurso adequado. No item 6.2, demonstrar-se-á como decisões judiciais pautadas em construções genéricas em torno do princípio da legalidade podem contribuir para um quadro de indesejável imprecisão conceitual. No item 6.3, propõe-se uma análise mais minuciosa a partir de um parecer exarado pela Advocacia Geral da União – AGU, no qual a instituição recorreu a diferentes raciocínios em torno da extensão ou não de princípios e institutos penais à esfera administrativa. Mas o fez de forma generalista e contraditória. Propor-se-á, então, a reconstrução desses fundamentos, a partir das balizas defendidas na tese.

6.2 **Legalidade administrativa e fundamentação das decisões judiciais.**

Soluções adequadas não bastam se lhes faltar motivação adequada. É que elas podem confundir ao invés de esclarecer. Quanto ao princípio da legalidade, *e.g.*, referências genéricas podem sugerir a indevida extensão ao âmbito administrativo de um padrão de legalidade ultra-rigoroso, aproximado ao do direito penal. Os casos pinçados abaixo buscam ilustrar essas dificuldades.[534]

6.2.1 A legalidade estrita como limite à instituição de infrações e de sanções administrativas: é preciso explicitar no que isso consiste.

Em 1998, ao julgar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.823, o Supremo Tribunal Federal ("STF") suspendeu dispositivos da Portaria do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis ("IBAMA") nº 113, de 25.09.97, por entender que a autarquia, sem lei que a autorizasse, instituiu taxa para registro de pessoas físicas e jurídicas no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais e estabeleceu sanções para a hipótese de

[534] As decisões judiciais foram selecionadas de forma aleatória, sem um recorte no tempo ou a partir do tribunal que as exarou. Elas não podem, assim, ser tomadas como retrato de um padrão da jurisprudência brasileira. De toda forma, servem ao objetivo específico da tese, pois ilustram a utilização de fundamentos genéricos em torno da aplicação do direito administrativo sancionador e evidenciam as dificuldades daí decorrentes, como será explicado ao longo do presente item.

inobservância de requisitos impostos aos contribuintes. De acordo com o STF, houve *"ofensa ao princípio da legalidade estrita que disciplina, não apenas o direito de exigir tributo, mas também o direito de punir*".[535]

Essa decisão do STF serviu de fundamento para que o Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), em 2009, no julgamento do Recurso Especial nº 1.050.381-PA,[536] invalidasse multa aplicada pelo IBAMA com base em infração descrita, segunda a Corte, apenas em Portaria (naquele caso, na Portaria n. 44-N/1988, sobre transporte de madeira). Os Ministros ressaltaram que: (i) "*A jurisprudência firmada nesta Corte e no STF é no sentido de que o princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas do Estado*"; (ii) "*Consoante já decidido pelo STF no julgamento da ADI-MC 1823/DF, é vedado ao IBAMA instituir sanções punitivas sem expressa autorização legal*"; e (iii) *"(...) ambas as Turmas desta Corte se posicionaram no sentido de que, no regime da Constituição Federal de 1988, apenas a lei em sentido formal e material pode tipificar infração e cominar penalidades*".[537]

Como se vê, são afirmações genéricas que deixam dúvidas. A alusão ao "*princípio da legalidade estrita*" (como fez o STF), ou à "*reserva de lei formal*" (no caso do STJ) dizem pouco. O que isso implica? Que somente a lei é competente para "*tipificar infração e cominar penalidades"*, ou basta a "*expressa autorização legal*" para legitimar que o Poder Executivo institua infrações e sanções – ambas construções a que aludiu o STJ no mesmo acórdão? Aliás, o precedente relativo à ADI n. 1.823/DF pode gerar ainda maior perplexidade. É que a comparação com o direito tributário, campo no qual existe reserva legal absoluta prevista na Constituição (cf. art. 150, I), sugere um padrão de legalidade super-rígido, pouco compatível com a realidade administrativa.

O que se quer deixar claro, portanto, é que, independentemente do acerto da decisão final do STF e do STJ – cujo mérito não será analisado –, os fundamentos utilizados são *per se* um problema. Ao invés de construções genéricas, é preciso partir de um alinhamento teórico mais sensível ao sentido da legalidade no direito administrativo sancionador e explicar a razão pela qual, em cada caso, os seus pressupostos foram ou não atendidos.

---

[535] STF, ADI nº 1.823 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em: 30/04/1998, publicação em: 16/10/1998, p. 6. Grifou-se. Eis os dispositivos da Portaria que foram suspensos: arts. 5º, 8º, 9º, 10, 13, § lº, e 14.

[536] STJ, Recurso Especial nº 1.050.381-PA, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgamento em: 16/14/2008, publicação em: 26/02/2009.

[537] Trechos extraídos da ementa e da fundamentação do acórdão.

À luz do que propõe a tese (especialmente, dos parâmetros definidos no capítulo 5), a fundamentação teria sido mais esclarecedora[538] se os Tribunais Superiores tivessem salientado, *e.g.*, que, em matéria de direito administrativo sancionador, embora seja possível a delegação de poder normativo para que a Administração Pública defina e regulamente as infrações e sanções cabíveis (por se tratar de reserva legal relativa), exige-se habilitação legal explícita e remissão legal suficiente. Isso é decorrência da segurança jurídica necessária nessa seara. O regulamento não pode surpreender o administrado como uma criação normativa independente. Deve se apresentar como produto da lei. Sob essa ótica, com o objetivo de especificar o sentido da legalidade estrita, os Ministros poderiam ter remetido à ausência de autorização legal explícita para que o IBAMA instituísse deveres e punições sobre as matérias abarcadas nos regulamentos.

Mencione-se outro precedente do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 441.573/SP,[539] o Tribunal, analisando a validade da apreensão de fitas de videocassete pelo Conselho Nacional de Cinema – CONCINE com fundamento em disposição constante apenas de decreto, posicionou-se no sentido de que, sendo a medida uma sanção administrativa, sua *"(...) imposição deve obedecer ao princípio da legalidade estrita, preceito este que demanda a existência de lei em sentido formal e material, conforme entendimento do STF (ADI 1.823-1/86)"*. Ainda de acordo com o Tribunal, a apreensão realizada pelo CONCINE seria "*procedimento constante de mero Decreto, diploma que não atende à exigência do princípio da legalidade estrita*". Logo, segundo o voto vencedor, prevaleceria o entendimento chancelado pelo STF de que "*só a lei pode estabelecer sanções administrativas*".

Aqui também a fundamentação utilizada pelo STJ, bastante genérica, pode dar margem a distorções. O Tribunal aludiu a expressões que sugerem um padrão de legalidade super-rígido, em torno da necessidade de lei em sentido formal e material. Mas lei para quê? A legalidade estrita em matéria de direito administrativo sancionador demanda a existência de lei com que densidade normativa?

Para deixar esses pontos mais claros, o STJ poderia ter registrado que, nesse caso, embora autorizado na lei o exercício da competência sancionatória pelo CONCINE, o Decreto

---

[538] Ressalve-se, mais uma vez, que a proposta de fundamentação constitui apenas um exercício argumentativo voltado a ilustrar como, a partir dos elementos traçados na tese – especialmente no capítulo 5 –, argumentos generalistas podem ser reconstruídos com vista a um discurso mais coerente. A proposta não indica, portanto, um juízo quanto ao acerto ou não das decisões em seu mérito.

[539] STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 441.573-SP, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Eliana Calmon, julgamento em: 23/08/2006, publicação em: 12/03/2007, p. 189.

não poderia ter inovado para instituir sanções distintas daquelas fixadas em âmbito legal. A previsão na lei do rol de punições passíveis de serem aplicadas decorre da exigência de remissão legal suficiente – o que não impede (antes exige) a especificação, no regulamento, da concreta penalidade associada a cada infração. O ponto é que o CONCINE não poderia ter surpreendido o administrado com a aplicação de uma penalidade criada de forma inovadora pelo regulamento, e por isso carente da necessária cobertura legal.[540]

Vale também mencionar um exemplo em que a fundamentação utilizada pelo STJ, apesar de inicialmente aludir a termos genéricos, foi além – corretamente – para explicitar o sentido da legalidade no caso analisado. No julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 19.510-GO,[541] a Corte anulou sanção administrativa por entender que a conduta punida não corresponderia ao fato específico definido na legislação consumerista como infração.[542] Logo, teria havido violação "*ao princípio da legalidade estrita*".[543]

O Tribunal, contudo, não parou nessa afirmação. Esclareceu que a lei em sentido estrito não precisa esgotar a disciplina das infrações administrativas, mas deve haver previsão clara na legislação (*i.e.*, na lei ou no seu regulamento) do tipo vedado, por força da exigência de predeterminação normativa (referida como tipicidade). Como, na hipótese, não se pôde extrair do bloco de legalidade considerado (a saber, do Código de Defesa do Consumidor e de seu regulamento, o Decreto n. 2.181/97) a mencionada predeterminação normativa, a Corte anulou a multa aplicada.[544] É a esclarecimentos desse tipo, que deixem claro o sentido da legalidade aplicável ao direito administrativo sancionador, que se refere na tese.

---

[540] Até porque, no ato de criação do Conselho Nacional de Cinema (o Decreto nº 93.881, de 23 de dezembro de 1986, revogou o Decreto n° 77.299/76 e dispôs inteiramente sobre a matéria, inclusive estabelecendo a competência do CONCINE), não se previa a penalidade de apreensão de fitas. *In verbis*: "Art. 6º Compete ainda ao CONCINE, no exercício do poder de polícia, fiscalizar, em todo o território nacional, o cumprimento da legislação relativa às atividades cinematográficas, bem como aplicar multas, determinar interdições e impor as demais penalidades legalmente previstas".

[541] STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 19.510-GO, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento em: 20/06/2006, publicação em: 03/08/2006, p. 202.

[542] Nesse julgado, o STJ reformou decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que denegara a ordem em mandado de segurança impetrado por empresa do ramo securitário contra multa que lhe fora aplicada pelo Secretário de Segurança Pública e Justiça do Estado de Goiás, ao fundamento de que a companhia violara dispositivos da Lei nº 8.078/1990 e do Decreto nº 2.181/1997. Entendeu o Tribunal de origem que não haveria qualquer indício de ilegalidade no ato sancionador, pois devidamente motivado a partir de uma interpretação realizada pela autoridade administrativa acerca do enquadramento da conduta da impetrante nas disposições legais.

[543] STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 19.510-GO, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento em: 20/06/2006, publicação em: 03/08/2006, p. 5.

[544] *In verbis*: "(...) a conduta da recorrente que, por ocasião do término do prazo contratado, manifestou seu desinteresse em renovar a avença, conforme cláusula contratual que faculta ao consumidor idêntica prerrogativa, não pode ser enquadrada objetivamente como infração administrativa passível de sanção, por ausência de tipicidade, já que não infringiu o art. 12 do Decreto 2.181/97 [*pois não impediu, dificultou ou negou o cumprimento de declarações constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos concernentes às*

6.2.2 Alusão a outros princípios genéricos para sustentar certo padrão de legalidade: é preciso ter cautela.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.102.578-MG,[545] o STJ chancelou a legalidade de autos de infração aplicados pelo INMETRO em razão do descumprimento de normas expedidas tanto pela própria autarquia federal, quanto pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO. O raciocínio utilizado foi inicialmente construído e fundamentado de forma correta.

Em primeiro lugar, o Tribunal registrou que leis em sentido estrito – naquele caso, tanto a Lei nº 5.966/1973, quanto a Lei nº 9.933/1999 – atribuíram competências regulamentares ao INMETRO e ao CONMETRO nas áreas técnicas de metrologia, normalização e qualidade industrial, prevendo expressamente que ações ou omissões contrárias a qualquer dos deveres jurídicos instituídos por atos normativos dessas instituições constituiriam infrações. As leis, ademais, contemplaram as espécies de penalidades passíveis de imposição pelo INMETRO e pelo CONMETRO. O STJ, assim, atestou estarem preenchidos, na hipótese, os requisitos de habilitação legal e remissão legal suficiente (neste caso, pela técnica da tipificação indireta aliada à previsão na lei das sanções passíveis de serem aplicadas).

Mais ainda: os Ministros ultrapassaram o raciocínio puramente normativo para enfatizar que o elevado grau de tecnicidade da matéria regulada tornaria "*contraproducente exigir lei formal para discriminar todos os pormenores técnicos exigidos na busca do aprimoramento e da fiscalização da qualidade dos produtos e serviços colocados no mercado*". Trata-se de um fundamento pragmático que vai ao encontro dos elementos instrumental e funcional associados ao discurso de justificação ora defendido.

Ocorre que, na sequência, o STJ buscou justificar sua decisão a partir de construção bastante genérica. A Corte frisou que a legislação em vigor teria *"(...) como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de*

---

relações de consumo]; não infringiu o inciso XI do art. 51 do CDC [*já que não cancelou o contrato unilateralmente, sem que igual direito fosse conferido ao consumidor*]; não infringiu o inciso XII do art. 51 do CDC [*porquanto não modificou unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração – apenas recusou-se a celebrar novo contrato nas mesmas condições, após esgotada sua vigência*]; não infringiu os incisos I e II do § 1º do art. 51 do CDC [*já que não ofendeu a princípio fundamental do sistema, nem restringiu direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual*]" (itálicos do original), p. 6-7.

[545] STJ, Recurso Especial nº 1.102.578-MG, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, julgamento em: 14/10/2009, publicação em: 29/10/2009.

consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor". Isso corroboraria a necessidade de um padrão de legalidade mais flexível.

Esse aspecto específico da fundamentação, contudo, cria confusão desnecessária. Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana e os interesses envolvidos nas relações de consumo são preceitos excessivamente genéricos para justificar um padrão maior ou menor de rigidez para a legalidade. Constituem, em verdade, uma "faca de dois gumes". A dignidade da pessoa humana tanto pode justificar que a Administração Pública tenha maior flexibilidade para disciplinar condutas prejudiciais aos consumidores, como pode justificar delegações mais restritivas de competências ao Poder Executivo em prol de maior segurança jurídica, previsibilidade e proteção dos direitos dos administrados submetidos ao poder punitivo estatal. Além disso, os interesses envolvidos nas relações de consumo, ou a necessidade de harmonizá-los, pouco esclarecem quanto à imposição de um padrão mais ou menos rígido de legalidade.

Em um esforço de racionalização do discurso, tanto melhor que referências desse tipo sejam evitadas. Formulações normativas abstratas têm valor. Como ponderou Karl Larenz, elas auxiliam o aplicador do direito ao reconduzir a um denominador comum um número vasto de fenômenos de natureza diversa. Mas não sem preço e sim à custa da "*clarificação das concatenações de sentido que resultam das pautas de valoração e princípios jurídicos subjacentes à regulação e que são imprescindíveis para compreender a regulação*".[546] Daí a cautela que se deve ter na sua utilização.

6.2.3 Alusão genérica ao poder de polícia: manifesta insuficiência.

Veja-se, por fim, a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região no julgamento da Apelação Cível nº 200881000113512,[547] oportunidade em que o Colegiado confirmou a validade de auto de infração lavrado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) por entender que a Portaria ANP nº 110/2000, na qual

---

[546] *In verbis*: "Sem dúvida que a formação de conceitos abstractos, e nomeadamente daqueles com grau progressivamente crescente de abstracção, que se tornam necessariamente cada vez mais vazios de conteúdo à medida que o grau de abstracção se eleva, facilita em grande medida a clareza, porque com o auxílio de tais conceitos, um grande número de fenómenos, frequentemente de índole muito diversa, pode ser reconduzido a um denominador comum e uniformemente regulado. Mas é à custa da clarificação das concatenações de sentido que resultam das pautas de valoração e princípios jurídicos subjacentes à regulação e que são imprescindíveis para compreender a regulação". LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 649.

[547] TRF-5, Apelação Cível 200881000113512, Segunda Turma, Rel. Des. José Eduardo de Melo Vilar Filho, julgamento em: 05/02/2013, publicação em: 14/02/2013., p. 163.

estava prevista a conduta proibida (a saber, compra de combustível de pessoa jurídica sem registro de distribuidor), "*foi exarada dentro do poder de polícia conferido pela lei que instituiu a ANP como agência reguladora*".

Remeteu o Tribunal, portanto, a uma competência de polícia genérica atribuída à agência, que legitimaria o exercício da competência normativa sancionatória pela ANP.[548] Esse tipo de justificativa, como se defendeu, é insuficiente. Não está claro se foram atendidos os requisitos de habilitação legal explícita e inequívoca e de remissão legal suficiente. Mais esclarecedor seria se o Poder Judiciário, de modo específico, tivesse indicado por que a Portaria conta com respaldo na lei e se foi editada em consonância com as orientações traçadas pelo legislador. O genérico poder de polícia atribuído às agências reguladoras, afinal, não justifica o exercício de qualquer competência sancionatória; apenas das competências específicas autorizadas e delimitadas pela lei.[549]

6.3 **Parecer nº 62/2012/GEADM/PROGE-ANS/PGF e uma proposta de fundamentação.**

Fora do contexto específico do princípio da legalidade, vale analisar um exemplo concreto de *iter* argumentativo mais abrangente, que mistura raciocínios em torno da extensão ou não de diversos princípios e institutos do direito penal à seara sancionatória, a partir de soluções genéricas que, como se verá, dificultam a construção de um discurso coerente.

Em 2012, a Advocacia Geral da União – AGU foi consultada sobre a forma de se aplicar penalidade em infração administrativa tida como continuada.[550] Na hipótese, uma operadora privada de assistência à saúde fora notificada pela Agência Nacional de Saúde

---

[548] Em outro julgado, dessa vez do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, também se observa uma referência genérica ao poder de polícia como fundamento para a competência sancionatória da ANP. Trata-se da Apelação Cível nº 0050123-42.2014.4.02.5101, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Terceira Turma Especializada, julgamento em: 20/09/2017, publicação em: 28/09/2017. No precedente, analisou-se a validade de sanção aplicada pela ANP com base na Resolução nº 65/2011. Conforme trecho da ementa do acórdão: "6. A aplicação da sanção combatida, cujas razões estão centradas no interesse público, comporta a necessária razoabilidade, além do que se encontra em perfeita harmonia com o poder de fiscalização conferido à ANP, efetivado através do poder de polícia, que fora exercido nos padrões da legalidade e sem excesso. Ademais, importante salientar que a pretensão da autora, caso deferida, significaria invasão da seara administrativa da ANP, violando o poder discricionário conferido a ela para a prática de tais atos, de acordo com sua conveniência e oportunidade".

[549] Realmente, a alusão a um indefinido e inespecífico poder de polícia da Administração Pública pode abrir espaço às mais diversas restrições a liberdades e direitos dos particulares, de forma autoritária, em nome de interesses alegadamente superiores da nação. A propósito, foi a essa acepção (e dimensão) do poder de polícia que se referiu Hely Lopes Meirelles em conferência havida na Escola Superior de Guerra, em 1972 (MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. *Revista dos Tribunais*, v. 62, n. 445, p. 287-298, nov. 1972), como pontua Gustavo Binenbojm, na releitura que propõe ao instituto. BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 21-26.

[550] Refere-se ao Parecer nº 62/2012/GEADM/PROGE-ANS/PGF.

Suplementar – ANS para corrigir irregularidade cadastral no Sistema de Informação de Beneficiário, referente ao não envio de dados no período de 2002 a 2009. Mesmo notificada para regularizar a situação, a operadora se manteve inerte. Foi instaurado, então, o processo administrativo sancionador.

No curso do processo, a área técnica da ANS suscitou a seguinte dúvida submetida à AGU: tratando-se de infração continuada, a penalidade a ser aplicada deve ser uma única multa para todos os meses em que não houve a entrega do relatório, ou deve ser aplicada a "pena-base" fixada no art. 36 da Resolução Normativa nº 124/2006[551] para cada competência (mês) em que a operadora deixou de entregar o relatório?

No seu parecer, a AGU deixou consignado, em primeiro lugar, que a infração cometida tinha inequívoca natureza continuada, em virtude da presença de uma série de características típicas dessa espécie jurídica (que "*não é de criação recente*"),[552] a exemplo da pluralidade de condutas, da natureza comum das infrações e do nexo espacial. Somente em seguida, quanto à forma de se calcular a penalidade, o parecerista identificou existir uma lacuna no ordenamento jurídico, diante da "*ausência de sanção específica às infrações continuadas no âmbito do direito administrativo sancionador*".[553]

Reconheceu-se que essa lacuna tem levado a doutrina a emitir entendimentos variados, "*principalmente em função da posição que cada autor adota em relação à autonomia científica ou não do direito administrativo em face do penal*".[554] Alguns autores adotam posição contrária à possibilidade das regras de concurso – material, formal e infração continuada –, diante da alegada autonomia do direito administrativo e dos princípios que lhe são próprios. Outros entendem que, no silêncio da lei, não há como não se socorrer dos princípios e normas do direito penal, principalmente no estudo desse tema – concurso de infrações.

O parecerista adere a esse segundo entendimento, inclusive por razões de equidade.[555] Em reforço, cita decisão do Superior Tribunal de Justiça que corroboraria a necessidade de se

---

[551] A RN nº 124/2006 da ANS dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde. O art. 36 foi revogado pela Resolução Normativa nº 396/2016, mas previa: "Art. 36. Deixar de enviar à ANS ou enviar, fora do prazo previsto na regulamentação, documento ou informação periódica mensalmente: Sanção - multa de R$ 25.000,00".

[552] Parecer nº 62/2012/GEADM/PROGE-ANS/PGF, p. 2, item 5.

[553] Parecer nº 62/2012/GEADM/PROGE-ANS/PGF, p. 2, item 8.

[554] Parecer nº 62/2012/GEADM/PROGE-ANS/PGF, p. 3, item 9.

[555] Parecer nº 62/2012/GEADM/PROGE-ANS/PGF, p. 5, item 18.

tomar como critério o Código Penal para o caso das infrações continuadas.[556] Logo, não seria cabível uma multiplicidade de sanções nesses casos; "*identificadas infrações com igual conformação e dentro do mesmo período (infrações continuadas), como no direito brasileiro, por uma ficção jurídica, as mesmas são tratadas como crime (infração) única, a sanção também deve ser única, ainda que devidamente exasperada*".[557] Daí a conclusão pela necessidade de se aplicar ao caso a sanção prevista no art. 36 da Resolução Normativa nº 124/2006 uma única vez. Até porque entendimento contrário faria com que a multa chegasse a "*níveis absolutamente insuportáveis e desproporcionais*", tendo em vista o longo período de omissão do particular.

É verdade que o próprio parecer problematiza o risco oposto, *i.e.*, de que a conclusão nele alcançada leve à impunidade, servindo como estímulo à prática do ilícito. O ideal seria que a sanção administrativa única fosse exasperada, tal como ocorre no campo criminal, em que o Código Penal, em seu art. 71, contempla expressamente a necessidade de aumento da pena de 1/3 (um terço) a 1/6 (um sexto). Aliás, o parecerista frisa que a existência de uma infração continuada sem a exasperação da sanção seria mesmo uma "*anomalia*" jurídica, pois:

> (...) tal como se dá no presente caso, quer a operadora atrase o envio SIB por 07 (sete) anos quer por 07 (sete) meses, na sistemática atualmente em vigor na ANS a penalidade única a ser aplicada nos dois casos será a mesma, de R$ 15.000,00, o que é de todo incompatível, dentre outros, com o princípio da individualização da pena, previsto expressamente no art. 5º, inciso XLVI da CF/88.[558]

De toda forma, não havendo nos atos normativos da ANS qualquer previsão semelhante à do Código Penal, esse incremento de sanção seria vedado. Por isso, e considerado, ademais, o amplo poder normativo da ANS, opinou-se pela urgente e imediata elaboração de ato administrativo prevendo a possibilidade de aumento da sanção nos casos de infração administrativa continuada. Essa seria uma condição prévia e imprescindível para o aumento da penalidade pela ANS, sob pena de violação "*tanto do princípio da legalidade como, também, do princípio da anterioridade da norma penal/administrativa incriminadora, ambos previstos no art. 5º, inciso XXXIX da CF/88*".

---

[556] Eis a decisão mencionada no Parecer: "Administrativo - SUNAB - Lei Delegada n. 4 - Infrações continuadas - Código Penal (art. 71). I. A punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teleológica, com a sanção penal. É correto, pois, observar-se em sua aplicação, o principio consagrado no art. 71 do Código Penal. II. Na imposição de penalidades administrativas, deve-se tomar como infração continuada, a série de ilícitos da mesma natureza, apurados em uma só autuação". (STJ, Recurso Especial nº 39.555/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgamento em: 21/02/1994, publicação em: 28/03/1994, p. 6296).

[557] Parecer nº 62/2012/GEADM/PROGE-ANS/PGF, p. 4, item 15.

[558] Parecer nº 62/2012/GEADM/PROGE-ANS/PGF, p. 6-7, item 23.

Ou seja, a AGU, *(i)* ao mesmo tempo em que considerou extensível ao âmbito do direito administrativo sancionador a previsão da figura da infração continuada, como uma exigência, inclusive, de equidade – independentemente de previsão expressa nos atos normativos setoriais –, concluiu que, *(ii)* quanto à causa de aumento da sanção, embora exista previsão expressa no Código Penal, os princípios da legalidade e da anterioridade, também interpretados conjuntamente para as searas penal e administrativa, impediriam sua imediata extensão ao âmbito da ANS, exigindo a edição de ato normativo prévio. De toda forma, foi ainda registrado que *(iii)* essa providência far-se-ia urgente, não apenas porque sua ausência implicaria uma "anomalia" jurídica, mas também à luz do princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI da CRFB/88, que, nesse caso, não foi automaticamente estendido à seara administrativa para autorizar que a ANS procedesse à exasperação da sanção.

Ora se estende, ora se restringe a extensão de princípios e institutos penais à seara administrativa, sem critérios claros ou definidos. O raciocínio descrito evidencia um dos maiores desafios do direito administrativo sancionador: arrumar o seu discurso para que ele seja inteligível. Para permitir que os diversos atores envolvidos – regulador, agentes regulados, juristas, Poderes Legislativo e Judiciário – dialoguem racional e coerentemente entre si, em um cenário que propicie o grau possível de segurança jurídica. Mas algum grau. Daí a importância de parâmetros. De algum nível de acordo justificado e justificável quanto às premissas de que se parte e sobre como pensar o direito administrativo sancionador. E isso passa pelo amadurecimento dos raciocínios simplistas em torno da transposição ou não de princípios de um lado a outro.

Veja-se que, no parecer mencionado, há por trás dos argumentos deduzidos algumas preocupações importantes que parecem ter sensibilizado o seu subscritor, quais sejam: a de que, no silêncio da lei, o direito penal somente pode ser utilizado, como referência externa, para integrar soluções que beneficiem o administrado (como o reconhecimento da infração continuada), mas não que agravem a sua situação (como ocorreria se a sanção pudesse ser exasperada sem norma expressa e prévia); a de que a solução em tese correta à luz da legislação (de aplicação de uma única sanção pela ANS sem qualquer causa de aumento) pode estimular a prática de ilícitos e dar ensejo a tratamentos flagrantemente díspares (como a aplicação da mesma sanção a uma infração continuada por sete meses e por sete anos).

Ademais, o parecerista considerou que a ANS foi investida pelo legislador de competência normativa ampla, inclusive para disciplinar eventual causa de exasperação da sanção, o que, uma vez realizado, bastaria para atender à exigência de legalidade. O princípio

da legalidade, portanto, foi compreendido e aplicado pela AGU com amplitude: não como referência a uma previsão expressa na lei, mas a um marco normativo capaz de ao mesmo tempo conferir previsibilidade ao administrado quanto aos efeitos de sua conduta e orientar o exercício da discricionariedade pelo administrador.

Como traduzir essas preocupações por intermédio de um discurso que seja mais racional e coerente? Que tome em consideração as peculiaridades e as complexidades do direito administrativo sancionador e promova um diálogo racional, ao invés de abrir espaço a incongruências? Talvez seja esse um dos maiores desafios do direito administrativo sancionador. E é também dessa forma que se espera que a tese possa contribuir. Arrumando as ideias. Para o exemplo analisado, eis uma proposta de arrumação:

(i) Do ângulo formal, a lei de fato delegou poderes normativos amplos à ANS para disciplinar a matéria sancionatória.[559] Essa disciplina foi implementada por intermédio da Resolução Normativa nº 124/2006, que especifica tipos e suas respectivas sanções, mas não prevê a hipótese da infração continuada.

(ii) Estando previstos no regulamento os tipos e as respectivas sanções, há de se admitir um espaço de maior liberdade para a agência quantificar, no caso concreto, a penalidade cabível, como matéria que não se sujeita à reserva relativa de lei. Parece razoável assumir que, embora a legislação não tenha previsto a continuidade de infrações, isso não impede que o regulador, em cada caso, reconheça ser essa a hipótese. E aplique, por conseguinte, uma sanção-base, ao invés da soma das sanções, o que poderia inclusive inviabilizar a atividade da empresa. Se a legislação não vedou que a penalidade fosse ajustada (para menos) diante de uma hipótese reconhecida como de infração continuada, ela também não proibiu que, feito esse ajuste, o regulador aplicasse uma causa de exasperação. Não é necessário nem correto socorrer-se do direito penal para reconhecer à ANS esse espaço de manobra.

(iii) Até porque a solução continua sendo favorável ao particular, que, de outra forma, a se entender pela aplicação literal das normas administrativas vigentes, seria levado a arcar com um montante bastante maior. A solução, portanto, tutela

[559] Como se vê no artigo 4º, incisos XXIX e XXX, da Lei nº 9.961, de 2000, e nos artigos 25 e 27 da Lei nº 9.656, de 1998.

direitos do administrado, afastando a aplicação de uma medida rigorosa e excessiva. Mas, à luz do papel atribuído à sanção administrativa e, mais ainda, da necessidade de se temperar em cada caso o *quantum* da sanção à luz das notas singulares de cada infração (que pode ter se estendido por cinco meses ou por cinco anos), justifica-se o agravamento da punição.

(iv) Dito de outra forma: tanto o reconhecimento do concurso de infrações, quanto a utilização da técnica de quantificação da sanção pela aplicação de uma multa-base exasperada exsurgem como soluções compatíveis com a dimensão instrumental da sanção administrativa e com as finalidades a ela associadas, a exemplo da maior qualidade dos serviços assistenciais. A solução se justifica não sob a ótica de uma justa retribuição ao infrator pelo mal por ele causado, mas na medida em que permite que a sanção atue estrategicamente. Isto é, como fator de incentivo (dentre os vários de um contexto regulatório mais complexo) à conformação da conduta do agente regulado (do infrator e de outros potenciais infratores), que deve nela enxergar custo suficientemente alto associado ao descumprimento da legislação. Ao mesmo tempo, a técnica evita a aplicação de uma penalidade incapacitante para o administrado, incentivando-a a retornar a uma relação colaborativa (ou a ingressar nela).

(v) A medida, assim, embora não prevista expressamente na legislação, vai ao encontro dos princípios da eficiência e da efetividade aplicáveis à atividade sancionatória da Administração. E, repita-se, sem malferir garantias dos administrados, especialmente quanto ao princípio da segurança jurídica. A solução, como se disse, não tem o efeito de surpreender o particular, que sabia estar sujeito, segundo o regulamento, a uma certa multa por cada mês em que descumprido o dever de envio das informações. O particular, ademais, não tinha um direito assegurado à extensão a seu caso das normas previstas no Código Penal a respeito do concurso de infração, nem podia razoavelmente esperar que, descumprindo a regulação por sete meses ou sete anos, estaria sujeito à mesma sanção.

(vi) A aplicação de uma multa-base associada a um fator de agravamento é solução que a rigor beneficia o particular, ao invés de desprotegê-lo. Demais disso, a solução diferencia a situação desse particular da de outros que tenham incorrido, por

exemplo, em uma única omissão mensal, e que se sujeitarão, por isso, à sanção-base (ressalvado eventual fator diverso de agravamento, como a reincidência).

(vii) A aplicação do concurso de infrações e da técnica de quantificação da penalidade se justificam, portanto, à luz dos elementos formais e materiais (finalístico, instrumental e funcional) próprios ao direito administrativo sancionador, e não pela extensão de uns ou de outros princípios do direito penal. O que não quer dizer que o arsenal teórico do direito penal não seja útil na construção de soluções finalística e funcionalmente adequadas ao direito administrativo. No silêncio da legislação, se cabe ao administrador definir critérios adequados para quantificar corretamente a punição a ser aplicada, não há óbice a que se inspire no material teórico já mais desenvolvido pelo direito penal. O que não se confunde com o discurso de mera extensão automática de princípios e garantias. É dizer: a reprodução no direito administrativo de soluções concebidas para o direito penal é possível e útil desde que essas soluções se ajustem às peculiaridades do direito administrativo e sejam por elas ajustadas. Nem razões genéricas, nem fundamentos humanitários, são suficientes. O desafio é construir-se uma dogmática responsiva a elementos próprios da atividade administrativa e não àqueles tomados da mera extensão do direito penal. Tudo com vista a se construir a identidade própria para esse ramo do direito.

O que se propôs, portanto, foi uma estratégia argumentativa sensível a elementos que são próprios ao direito administrativo sancionador. Não há fórmulas exatas. Em cada caso esses elementos poderão incidir de modo diverso, mais ou menos sobressalente. O que não podem é ser ignorados. De toda forma, nada impede – ao revés, aconselha – que os critérios de decisão sejam institucionalizados em ato normativo, reduzindo-se tanto o risco de decisões arbitrárias, quanto o estado de insegurança jurídica. Disso cuidará o item a seguir.

6.4 **Direito administrativo sancionador e procedimento.**

O discurso jurídico proposto na tese leva em consideração um conjunto variado de fatores associados às particularidades finalísticas, instrumentais, operacionais, funcionais, orgânicas, institucionais e normativas – dentre outras – atreladas ao exercício do poder punitivo pela Administração Pública. Defendeu-se que essa abordagem ilumine o direito

administrativo sancionador nas diferentes etapas de seu ciclo, relacionadas à construção, interpretação, aplicação e fundamentação das decisões em matéria sancionatória

Trata-se, assim, de uma proposta teórica que é complexa, o que pode dificultar sua aplicação prática e tornar mais inseguro o ambiente já incerto em torno do direito administrativo sancionador brasileiro. Justamente por isso, faz sentido que o desfecho da tese se volte ao procedimento. É que, a despeito da complexidade, a definição de regras e diretrizes gerais que fixem conceitos, organizem raciocínios, definam prioridades, indiquem critérios, modelem o *design* de instituições e de modo geral tratem de esclarecer como e quando a atividade sancionatória da Administração deve conduzir-se é um meio real de lidar com as dificuldades. Com inequívocas vantagens.

Como *método*, o procedimento pode criar o ambiente propício para que reflexões e raciocínios mais ou menos densos, baseados nos elementos apontados ao longo dos capítulos 3, 4 e 5, sejam desenvolvidos e testados. Refere-se à institucionalização de uma sequência lógica de atos e/ou de decisões que viabilizem a construção desses raciocínios e os organizem na forma de um discurso coerente.

Como *garantia* e *instrumento de controle*, o procedimento serve de referência e ao mesmo tempo limite à tomada de decisão pela autoridade pública. Por meio dele, podem ser fixadas balizas que (auto)vinculem a Administração Pública e a orientem na aplicação mais isonômica das sanções, tais como o esclarecimento de conceitos, critérios, metodologia de cálculo de sanções e outros fatores específicos a serem considerados. O procedimento, pois, pode delimitar o espaço de discricionariedade do administrador sem esvaziá-lo, já que tão necessário à consideração dos dados concretos e a um olhar responsivo. A ideia é a de uma flexibilidade orientada e sujeita a controles jurídicos, que promova maior segurança jurídica para o administrado e favoreça a proteção de seus direitos.[560]

Como *guia*, o procedimento pode servir de apoio à Administração Pública não apenas para decidir, mas para motivar suas decisões. Isso é essencial, já que a fundamentação adequada também é pressuposto para a efetividade do direito administrativo sancionador e de suas ferramentas. Ela reflete consistência. Confere credibilidade e legitimidade à medida adotada e desestimula o seu questionamento. Deixa claro para os administrados quais os

[560] Contribui para essa "domesticação" da discricionariedade a manutenção de um corpo de profissionais capacitados, treinados tecnicamente, e por isso mais capazes de avaliar da forma adequada os elementos relevantes da conduta do administrado, com vista à aplicação de uma penalidade. Nesse sentido, v. OECD 2014, *Regulatory Enforcement and Inspections*, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, 2014, p. 63. Disponível em: <https://goo.gl/kXLqem>. Acesso em: 20 out. 2017.

custos e riscos a que sujeitos se descumprirem os comandos administrativos, e por que a punição foi arbitrada nesse ou naquele *quantum*.

Como **instrumento de legitimação**, ademais, não apenas porque o procedimento confere maior racionalidade à atividade conduzida pela Administração Pública, mas sobretudo nos casos em que as suas normas tenham sido produzidas em um ambiente de participação democrática, viabilizado por canais como as audiências e consultas públicas.[561]

O desfecho da tese, portanto, mira o procedimento. Não um procedimento específico e hermético compreendido sob a ótica estrita do contraditório (enquanto processo),[562] mas a partir de uma acepção bem mais ampla, relacionada aos diferentes caminhos para se pensar e aplicar o direito administrativo sancionador, sobretudo quanto à delimitação de rotinas e de prioridades, na tarefa de construção de modelos e de ferramentas e no *iter* de análise apropriado a esse ramo do direito.

Daí porque não se refere a um procedimento sancionatório específico, mas a normas (várias) de procedimento,[563] tantas quantas se revelem necessárias para promover a viabilidade prática do discurso de justificação, interpretação e aplicação defendido na tese. Isso pode se desenhar em frentes diversas: em diferentes níveis hierárquicos (*i.e.*, por lei em sentido estrito ou por atos normativos infralegais); para orientar diferentes etapas do ciclo de produção e aplicação do direito administrativo sancionador (*e.g.*, a construção dos modelos sancionatórios ou a aplicação das sanções); no que tange a segmentos mais ou menos específicos da atividade econômico-social (normas gerais ou setoriais); mediante graus de densidade normativa variáveis; e quanto a temas também diversificados, processuais (*i.e.*,

---

[561] Conforme BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Op. cit.*, p. 244-245.

[562] Odete Medauar explica que: "(...) o procedimento distingue-se de processo porque, basicamente, significa a sucessão encadeada de atos. De outro lado, o processo implica além do vinculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sobre o prisma contraditório". MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 18ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 186. Daí se ter optado, no texto, pelo termo "procedimento", ao invés de "processo". Saliente-se que, no Brasil, já existe uma lei geral sobre processo administrativo, em âmbito federal, que se aplica inclusive aos processos sancionadores, naquilo que não contrariar eventuais regras específicas. Refere-se à Lei n. 9.784/1999. Saliente-se que, embora o diploma seja federal, sua aplicação tem sido estendida ao âmbito dos Estados e Municípios, quando não exista disciplina específica desses entes federativos. V. GUIMARÃES, Bernardo Ströbel. Âmbito de validade da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) – para além da Administração Federal. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C.* Belo Horizonte, ano 4, n. 16, p. 193-218, abr./jun., 2004. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C.* Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez., 2014.

[563] Defender normas gerais de procedimento não implica negar a viabilidade ou a conveniência de uma lei geral de conteúdo para o direito administrativo sancionador, voltada, por exemplo, a definir princípios e regras materiais aplicáveis à disciplina. A rigor, essa investigação foge ao escopo da tese, que tem como objeto a proposta de um discurso jurídico para justificar e aplicar o direito administrativo sancionador. Dito de outra forma, o objeto da tese não é precisar conteúdos materiais para o direito administrativo sancionador, mas refletir *como* se devem construir esses conteúdos.

associados ao devido processo legal adjetivo), mas não limitados a eles, de modo a também abarcar a modelagem de instituições, formas de otimização de recursos, a construção de estratégias sancionatórias, tipos de incentivos passíveis de serem criados, critérios de decisão, esclarecimentos conceituais, dentre outros.

Em suma, a ideia é de um devido procedimento sancionatório administrativo,[564] compreensivo de disposições variadas sobre como pensar, justificar, construir, interpretar, aplicar e motivar o direito administrativo sancionador nos diversos setores a que dirigido. E, para ilustrar o ponto, serão analisados adiante quatro exemplos do direito comparado.

O primeiro se refere ao relatório editado em 2014 pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico sobre "Regulatory Enforcement and Inspections". O segundo diz respeito ao "Regulatory Enforcement and Sanctions Act", editado pelo Parlamento inglês em 2008. O terceiro exemplo são os *guidelines* editados pela agência reguladora de energia dos Estados Unidos, em 2010, para orientar a aplicação das penalidades de sua competência. Por último, apresentar-se-á o guia editado pela entidade reguladora chilena em matéria ambiental a respeito da fixação das sanções pecuniárias e não pecuniárias de sua competência.

São quatro exemplos do direito comparado, como se verá, que tratam de procedimento sob óticas diversas. Eles têm em comum, de todo modo, o objetivo de racionalizar e conferir coerência, efetividade e clareza ao exercício da potestade sancionatória pela Administração Pública, a partir da valorização de um (ou de alguns) dos aspectos delimitados como parte do discurso de justificação, interpretação e aplicação defendido na tese. Vale conferir.

6.4.1 Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico: *Regulatory Enforcement and Inspections* (2014).[565]

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE foi criada em 1961 com o objetivo de incentivar o crescimento econômico sustentável, a

[564] Na linha do que propôs André Cyrino a propósito da competência regulamentar do Poder Executivo: "No âmbito de um poder regulamentar que se expande, a processualidade tem um papel crucial de legitimação. Não se trata apenas de se exigirem consultas e audiências públicas, mas do desenvolvimento de um verdadeiro *devido processo regulamentar*. Isto é, um conjunto de normas capazes de: *(i)* criar incentivos para que as decisões administrativas estejam mais próximas dos interesses dos administrados, cujos direitos poderão ser promovidos e protegidos; *(ii)* incrementar o nível de transparência do processo decisório, o que diminui os incentivos à captura, notadamente com a possibilidade de exposição na mídia; *(iii)* reduzir as chances de decisões arbitrárias, pois, necessariamente, deverão ser considerados outros pontos de vista; e *(iv)* iniciar o bom uso da expertise no processo de tomada de decisão, exigindo-se estudos de impacto das medidas administrativas, com avaliação de custos e benefícios envolvidos". CYRINO, André Rodrigues. *Op. cit.*, p. 202. Grifos do original.

[565] OECD 2014, *Regulatory Enforcement and Inspections*, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, 2014. Disponível em: <https://goo.gl/3rCPa9>. Acesso em: 20 out. 2017.

empregabilidade, o equilíbrio fiscal, bem como melhorar a qualidade de vida de seus países-membros e auxiliar o desenvolvimento de outras nações.[566] Com essa missão, a entidade produz e divulga regularmente estudos e orientações gerais ("*guidelines"* ou princípios) voltados a aprimorar as práticas e os modelos regulatórios adotados pelos diversos países. A iniciativa faz parte de um amplo programa de melhora ou reforma regulatória ("*better regulation*") idealizado pela organização internacional.[567]

Em 2014, a OCDE divulgou relatório intitulado "Regulatory Enforcement and Inspections", contendo onze princípios para orientar as atividades de fiscalização e aplicação da regulação e torná-las mais eficientes. O documento parte do pressuposto de que uma estratégia de monitoramento e aplicação bem formulada, que proporcione os incentivos corretos, pode ajudar a reduzir custos tanto para o setor empresarial como para o setor público, maximizando a eficiência e o cumprimento dos objetivos regulatórios.[568]

Embora o relatório não tenha força normativa, já que desprovido de natureza coercitiva, ele traz princípios e orientações que podem ser incorporados pelos países, no âmbito de suas legislações, ou que podem servir de guia. A ideia gira em torno da construção de modelos fiscalizatórios e sancionatórios mais efetivos e eficientes, além de instituições, políticas públicas e ferramentas mais apropriadas.

---

[566] Em inglês, Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD. V. <http://www.oecd.org/>. Acesso em 20 out 2017.

[567] Como esclarece Kélvia Frota de Albuquerque, os programas de melhora/reforma regulatória "se configuram como um instrumento de política pública fundamental, pela imposição, à Administração, de um conjunto de disciplinas que buscam, de maneira sistemática, melhorar a qualidade e a eficiência da regulação. Tais programas estabelecem mecanismos de supervisão e transparência contínua sobre o processo de elaboração regulatória e sobre a regulação, de maneira geral, com o propósito de, sistematicamente, controlar sua elaboração, avaliar seus resultados e tornar explícitos os seus custos e também seus efeitos para os diferentes grupos sociais". ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. *A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil*: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado. Brasília: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Governo Federal – SEAE, documento de trabalho nº 35, 2006. Disponível em: <https://goo.gl/wdiZBi>. Acesso em: 20 out. 2017. Disponível em: <https://goo.gl/wdiZBi>. Acesso em: 20 out. 2017. V. ainda, RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 198-199. O autor salienta que os programas de melhora regulatória surgiram a partir de duas constatações: *(i)* a de que é impossível voltar ao modelo de Estado Mínimo, eis que há uma demanda forte pela atuação estatal na prestação de serviços governamentais; e *(ii)* a de que o modelo de agências reguladoras precisa de revisão, muito embora não se cogite de sua erradicação. Ainda segundo o autor, referida tendência surge em substituição a iniciativas pautadas na desregulação, que constituiriam uma onda regulatória anterior.

[568] "Uma estratégia de execução bem formulada é aquela que fornece incentivos corretos para os agentes regulados, bem como diretrizes adequadas para o regulador, além de minimizar o esforço de monitoramento e os custos para os agentes regulados e para o setor público. Para alcançar esses objetivos, qualquer estratégia deve se basear em uma visão clara e sólida de quais são os fatores que interferem com o cumprimento da regulação - tanto em termos dos efeitos das atividades dos órgãos reguladores, como em termos das características das empresas reguladas e de fatores externos (em particular, as características do mercado). Um número cada vez maior de países da OCDE tem atentado para a importância da fase de execução para assegurar a qualidade e eficácia da política regulatória e para reduzir o nível global dos custos regulatórios impostos a empresas e cidadãos". OECD, relatório citado, p. 12. Tradução livre.

Os onze princípios destacados pela OCDE são os seguintes: (1) *atuação baseada em evidências*: as decisões sobre o que fiscalizar e como fazê-lo não devem ser aleatórias, mas baseadas em dados, evidências e medições, bem como precisam sujeitar-se a avaliações regulares;[569] (2) *seletividade*: tanto quanto possível, deve-se promover o cumprimento das regras por intermédio de estratégias a cargo do mercado, do empresariado e da sociedade civil, já que a capacidade do Estado de fiscalizar e inspecionar é limitada; ademais, há de se reconhecer que há outras maneiras (que não a estatal) de se promover o alcance dos objetivos regulatórios;[570] (3) *foco no risco e proporcionalidade*: a frequência das inspeções e os recursos nelas empregados devem ser proporcionais ao grau de seriedade dos riscos combatidos; além disso, a regulação deve buscar reduzir o risco real representado pelas infrações.[571]

Além disso: (4) *regulação responsiva*: a modelagem das ações fiscalizatórias deve ser sensível ao perfil e ao comportamento do setor a que dirigidas e dos agentes regulados;[572] (5) *visão de longo prazo*: o poder público deve adotar políticas e mecanismos institucionais com

---

[569] "A pesquisa comparativa mostrou que realizar um alto número de inspeções não garante um nível mais alto de cumprimento das normas, e aplicar muitas sanções não necessariamente protege o interesse público. Por outro lado, um baixo número de autuações ou de investidas judiciais não indica que o cumprimento das normas se dê em nível elevado, porque pode refletir apenas a falta de recursos para inspeções ou indicar negligência na fiscalização. Sabe-se que apurar com propriedade a efetividade da atividade de aplicação da norma e de realização das inspeções pelas agências é difícil, porque melhores ou piores resultados (para a saúde, para a segurança pública etc.) não podem ser atribuídos diretamente à sua atividade, afinal, existem diversos outros fatores, muitas vezes mais relevantes. De todo modo, continua sendo crucial monitorar tais resultados para avaliar se a atividade de fiscalização tem contribuição positiva". OECD, relatório citado, p. 18. Tradução livre.

[570] "Em muitos casos, mesmo que a regulação se revele necessária e eficiente na alocação dos recursos, pode não existir necessidade de alocar dinheiro público para ativamente controlar o cumprimento da norma regulatória e para fiscalizá-lo, porque outros mecanismos podem ser usados com o fim de evitar gastos e encargos. Em especial, quando a regulação se volta a relações de mercado e de prestação de serviços, pode-se contar com normas de responsabilidade para fornecedores, combinadas com a obrigatoriedade de contratação de seguros por uma ou por ambas as partes. Os governos, antes de decidirem alocar recursos de inspeções ou do esforço fiscalizatório para um setor regulado ou um conjunto deles, devem seguir critérios claros, (...).". OECD, relatório citado, p. 23. Tradução livre.

[571] Toda atividade de fiscalização deve ser informada pela análise de riscos. Cada atividade e negócio deve ter seu nível de risco apurado. Os recursos para a fiscalização devem ser alocados de acordo com tal avaliação. A cada área de regulação, da mesma forma, deve ser atribuído um nível de prioridade proporcional aos riscos que se buscam combater. (...) As estratégias de apuração e gerenciamento de riscos exigem recursos e conhecimento técnico específico, além de necessitarem de atualização constante que incorpore os dados resultantes das inspeções, do monitoramento das atividades e da análise de todas as fontes de informação sobre as tendências atuais do campo regulado. Isso significa que os governos devem assegurar que as agências responsáveis pela aplicação da regulação tenham uma unidade ou equipes dedicadas especificamente à apuração dos riscos, contando com os recursos adequados para exercer essa tarefa de forma eficaz". OECD, relatório citado, p. 27 e 31. Tradução livre.

[572] "A regulação responsiva propõe que as agências reguladoras adotem uma estratégia de fiscalização e aplicação das normas diferenciada de acordo com o comportamento e com o histórico de cada agente regulado. Se utilizada adequadamente, a abordagem responsiva promove o cumprimento da norma de maneira mais eficaz, ao tempo em que reduz os encargos sobre os agentes regulados que apresentem bom comportamento. Uma vez que os agentes regulados são informados sobre essa estratégia regulatória, eles têm incentivos para melhorar seus graus de cumprimento das normas e para cooperar com as agências reguladoras, porque sabem que os sujeitará a uma fiscalização menos onerosa". OECD, relatório citado, p. 33. Tradução livre.

objetivos claros, contendo, ainda, um mapa com metas de longo prazo;[573] (6) *coordenação e consolidação*: é preciso reduzir duplicações e sobreposições nas ações fiscalizatórias e de inspeção, de forma a garantir o uso mais racional dos recursos públicos, a redução dos custos para os agentes regulados e a maximização da efetividade.[574]

A OCDE ainda destaca a importância de: (7) *governança transparente*: devem-se implantar estruturas de governança e políticas que orientem os agentes públicos a uma aplicação da regulação de forma transparente, profissional e orientada a resultados, alheia a influências políticas e capaz de recompensar as condutas de maior conformidade;[575] (8) *integração da informação*: tecnologias da informação e da comunicação devem ser usadas para maximizar ações focadas nos riscos, a coordenação e o compartilhamento de informações, assim como o uso ótimo dos recursos;[576] (9) *processos claros e justos*: os governos devem assegurar a clareza e coerência das regras e processos voltados à aplicação e

---

[573] "Transformar as práticas e os processos de fiscalização, inspeções e aplicação de normas regulatórias leva tempo – portanto, é fundamental, tanto quanto possível, ter continuidade nos objetivos e no apoio político. A amplitude de assuntos e instituições envolvidas também tornam necessário estabelecer um modelo geral para direcionar as melhorias e reformas em todo o espectro da regulação. Os governos devem, assim, adotar políticas de Estado acerca da reforma, acompanhamento e melhoria continuada da atividade de fiscalização, aplicação das normas e inspeções". OECD, relatório citado, p. 37. Tradução livre.

[574] "Uma das mudanças institucionais mais importantes para melhorar a eficiência das inspeções e a diminuição dos custos e encargos que elas acarretam consiste em reestruturar as agências reguladoras de modo que as funções estejam concentradas, dessa forma eliminando as atividades repetidas e redundantes. As estruturas institucionais já existentes em muitos países decorrem de criações *ad hoc* (no contexto da promulgação de nova legislação), ou de mudanças nas políticas públicas de setores específicos sem consideração de uma estratégia global ou de uma perspectiva geral. Portanto, existem setores nos quais mais de uma agência atua para fiscalizar e aplicar regras regulatórias ao mesmo tempo, geralmente sem coordenação entre si e de maneira inconsistente – frequentemente com diferentes objetivos regulatórios. Os governos devem, quanto a isso, identificar as principais áreas de fiscalização redundante entre as instituições já existentes autorizadas a inspecionar e aplicar a regulação com a finalidade de reduzir a atividade sobreposta, sempre que necessário". OECD, relatório citado, p. 41. Tradução livre.

[575] "A profissionalização deve ser o aspecto fundamental das agências reguladoras. Isso significa não apenas deter conhecimento técnico quanto aos assuntos relevantes para o(s) tipo(s) de risco(s) a ser(em) abordado(s), mas também quanto a habilidades gerais (ou habilidades principais) para inspeções relacionadas a como conduzir inspeções efetivas e promover a conformidade à legislação, padrões éticos de comportamento, o gerenciamento dos riscos, a cooperação entre agências e o gerenciamento operacional. Os governos devem prover capital humano e estabelecer políticas de treinamento (...)". OECD, relatório citado, p. 47. Tradução livre.

[576] "Muitas agências reguladoras têm foco parcialmente similar e, portanto, grande parte das informações que precisam obter também é similar. As descobertas de um inspetor trabalhando para uma delas podem ser diretamente relevantes para o trabalho de outras agências. A possibilidade de compartilhar dados permite aos inspetores ter informações muito mais precisas e atualizadas do nível de risco de cada agente regulado, sem que despendam mais recursos. Isso também lhes permite evitar a duplicação do trabalho: se uma inspeção foi realizada recentemente por uma agência, a disponibilização dos dados apurados para as outras agências significa que elas podem evitar uma nova visita se a situação do regulado tiver se revelado positiva. Os governos devem assegurar que os dados essenciais de cada inspeção sejam disponibilizados para outras agências para servir como fonte de dados para sua análise e gerenciamento de riscos. (...) No mínimo, a estrutura e o modo de arquivamento dos dados precisa ser igual em cada base de dados separada, de modo que a troca de informações possa ocorrer de forma eficaz. Os governos devem pensar em estabelecer uma base de dados conjunta para ser usada por diversas agências regulatórias, ou pelo menos determinar que adotem padrões comuns para estruturação do arquivamento de dados para garantir a interoperabilidade.". OECD, relatório citado, p. 51-52. Tradução livre.

monitoramento da regulação, incluindo a fixação dos direitos e deveres dos reguladores e dos agentes regulados.[577]

Por fim, ressalta: a (10) *promoção da conformidade ("compliance")*: transparência e *compliance* devem ser promovidos pelo uso apropriado de instrumentos dirigidos aos agentes regulados e que facilitem a sua conformação, como orientações, ferramentas e modelos;[578] e o (11) *profissionalismo*: o regulador deve ser treinado e gerenciado para assegurar o profissionalismo, a integridade, a consistência e a transparência, a partir de ensinamentos não apenas técnicos, mas baseados também em habilidades genéricas de inspeção, bem como em diretrizes oficiais que ajudem a garantir consistência e justiça.[579]

Trata-se, como se vê, de *guidelines* para tornar mais racional e eficiente a ação fiscalizatória, os quais valorizam os incentivos gerados pela punição, a atuação responsiva às características e ao comportamento do mercado e de cada segmento, além do aperfeiçoamento institucional. São preocupações que se inserem, assim, na abordagem proposta na tese (especialmente no capítulo 4) quanto à maneira de se olhar e compreender a sanção administrativa e a atividade sancionatória da Administração Pública em geral.

---

[577] "Uma das dificuldades da atividade de inspeção e aplicação da norma regulatória em muitos casos é a falta de clareza. Quem pode inspecionar o quê? Com base em que direitos ou autoridade? Quais são os direitos e deveres dos regulados? Todos esses pontos frequentemente são obscuros para muitos regulados. Essa falta de clareza muitas vezes deve-se não somente à falta de consolidação da informação, mas também à falta de legislação específica sobre o tema. O modo exato de correção desse problema é, obviamente, peculiar a cada país – pois legislação, decisões administrativas (regulamentos), entre outros, são meios que podem ser usados para tanto. Os governos devem ter como objetivo esclarecer qual é a base normativa que orienta a atividade de fiscalização e inspeção, valendo-se dos instrumentos normativos pertinentes". OECD, relatório citado, p. 55. Tradução livre. No Brasil, destaca-se, nesse sentido, a iniciativa da Corregedoria Geral da União, que tem divulgado enunciados com o objetivo de unificar entendimentos dos órgãos e entidades que integram o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal. Disponível em: <https://goo.gl/BzF9qD>. Acesso em: 29 out. 2017.

[578] "Para a maioria dos agentes regulados, costuma ser difícil entender o que precisam fazer para cumprir integralmente a norma regulatória aplicável. Existem muitos documentos sobre a regulação, geralmente em linguagem complexa, e os requisitos que estabelecem geralmente são descritos com 'foco nos resultados' – *i.e.*, que o procedimento deve ser seguro em tais e tais circunstâncias. Ao mesmo tempo em que isso confere certa flexibilidade quanto aos exatos métodos de que o regulado pode se valer para garantir segurança (o que é considerado positivo por empresas maiores e mais desenvolvidas), cria dificuldades no cumprimento para as micro, pequenas, e médias empresas, bem como para aquelas com menos experiência. Os governos devem exigir que as agências reguladoras publiquem guias informativos ou desenvolvam ferramentas que ajudem os empreendimentos menores a entender os requisitos da norma regulatória e o modo de cumprimento para situações e atividades mais comuns – e assegurar que tais documentos de orientação sejam emitidos de forma oficial, com garantia de que os inspetores considerarão regulares os administrados que as sigam fielmente". OECD, relatório citado, p. 59. Tradução livre.

[579] "A aplicação eficaz da regulação não pode ocorrer sem que exista uma margem de apreciação dos assuntos pela autoridade administrativa – existem muitos tópicos que exigem que agentes reguladores tomem decisões a partir de juízos próprios, seja para avaliar o comportamento e as intenções do agente regulado, seja para decidir qual a reação adequada conforme a visão da abordagem de regulação responsiva, ou ainda para decidir quais devem ser os focos de investigação mais detida durante uma inspeção, etc. Isso tudo significa que certa discricionariedade será exercida, devendo ser limitada por uma moldura normativa clara (como enunciado no Princípio 9), porque de todo modo tal margem de apreciação constitui inevitável parte do processo regulatório. Por sua vez, cria-se a exigência de que os inspetores tenham alto nível de competência e de compromisso profissional". OECD, relatório citado, p. 63. Tradução livre.

6.4.2 Inglaterra: *UK Regulatory Enforcement and Sanctions Act* (2008).[580]

Em 2008, o Parlamento inglês editou o "*UK Regulatory Enforcement and Sanctions Act*", como parte de um amplo programa de aperfeiçoamento da regulação no país. Esse diploma foi complementado por um guia editado pelo Governo inglês voltado a proporcionar ainda maior clareza à temática e reduzir custos regulatórios.[581]

O ato normativo revela uma preocupação importante com a coordenação, coerência e consistência no exercício das atividades de aplicação da regulação, fiscalização e imposição de sanções.[582] A parte III ("Civil Sanctions") dirige-se especificamente à atividade sancionatória. Ela prevê um catálogo de sanções passíveis de serem aplicadas pelo regulador, em cada caso, composto de: *(i)* penalidades monetárias em valores fixos; *(ii)* requerimentos discricionários, que permitem ao regulador impor ao agente regulado uma ou mais dentre as seguintes medidas: multa em valor variável, a ser definido pela autoridade regulatória; a fixação de exigências específicas por certo período de tempo, mediante notificação, para assegurar que uma ofensa não se perpetue ou não volte a ocorrer ("*compliance notice*"); e a fixação de exigências específicas por certo período de tempo, mediante notificação, com vista a se restabelecer, na medida do possível, o *status quo ante* ("*restoration notice*"); *(iii)* "*stop notices*", que consistem em notificações para que o regulado se abstenha de levar adiante certa atividade até que ele comprove ter adotado as providências para conformar-se à regulação; [583]

---

[580] Disponível em: <https://goo.gl/M15qsu>. Acesso em: 20 maio 2017. Saliente-se que esse diploma legal foi estudado no capítulo 4 da tese, ao se tratar da regulaçao baseada em riscos.

[581] O guia foi elaborado pelo *Department for Business Enterprise & Regulatory Reform*. Disponível em: <https://goo.gl/4Yo6Ku>. Acesso em: 21 out 2017.

[582] Como se mencionou no capítulo 4, a lei está dividida em quatro partes. As duas primeiras tratam de medidas voltadas a proporcionar coordenação e consistência à regulação. A parte I cuida, especificamente, da criação de uma entidade regulatória independente, o "Local Better Regulation Office" (LBRO), para orientar as autoridades regulatórias locais e promover maior coordenação entre elas e o governo central. A parte II busca aumentar a coordenação e a consistência quanto à atuação das autoridades locais mediante a criação de um "Primary Authority scheme". O modelo permite que as empresas com operação em áreas sujeitas a mais de uma autoridade local elejam uma delas como autoridade primária para fins regulatórios. Já a parte IV impõe aos reguladores o dever de avaliação permanente de suas atividades, com vista a revisá-las e assim eliminar ônus e custos desnecessários. A parte III será tratada no texto.

[583] A valorização do instrumento das notificações também consta do Relatório Macrory (ali referidas como *Statutory Notices*). A ideia é que a Administração determine medidas específicas que o regulado deve adotar (fazer ou cessar) em prazo já assinado. As repercussões dessas notificações devem ser acompanhadas de acordo com uma abordagem de risco e com elemento aleatório (porque acompanhar todas seria pouco eficiente quanto aos custos, cabendo avaliação por amostragem), e a reiteração da violação deve autorizar a aplicação de outras sanções administrativas, não sendo necessário que se considere crime o descumprimento da determinação administrativa contida na notificação. Macrory exemplifica com: *(i)* notificações para melhoria, com exigências de mudança nas práticas de trabalho e prazo assinado para promovê-las; *(ii)* notificações de proibição ou suspensão da atividade até que algum risco seja remediado, com o fim de evitar danos graves; *(iii)* notificações

e *(iv)* "*enforcement undertakings*", semelhantes aos termos de ajustamento de conduta previstos na legislação brasileira. Por intermédio deles, o agente regulado, sujeito a uma situação de dúvida razoável quanto ao descumprimento da regulação, compromete-se perante o regulador a adotar um conjunto de medidas corretivas estabelecidas no compromisso.

O diploma é marcado ainda por uma clara preocupação com a demarcação de conceitos, como o de "regulador" e de "ofensa relevante", assim como o de cada uma das sanções passíveis de aplicação. Ele traz também exigências básicas relacionadas ao procedimento de aplicação dessas penalidades, a exemplo da necessidade de notificações inicial e final que contenham determinadas informações, incluindo as razões para a imposição da penalidade e o direito da parte de recorrer.

O ato não alude a terminologias prontas, como aos princípios da legalidade e da culpabilidade, nem a construções do direito penal, a exemplo das causas de exclusão da pena. Mesmo assim, ele traça orientações mais diretas e gerais dirigidas à atividade do regulador, como a impossibilidade de aplicação de sanções sem que exista um convencimento quanto à existência da ofensa "*acima de uma dúvida razoável*" (cf. a seção nº 39, *e.g.*). O regulador deve estar seguro, ademais, de que a penalidade pecuniária não será imposta se a pessoa não possuía meios de evitar o cometimento da infração (cf. a seção nº 40, 4, *a*), como deve garantir que uma medida não será imposta a uma pessoa em mais de uma ocasião em relação ao mesmo ato ou omissão (cf. as seções nº 42, 4 e nº 51).

Embora diretrizes com esse teor possam soar intuitivas em um primeiro momento, e por isso inúteis, elas não só têm a virtude da clareza e da precisão, mas veiculam comandos construídos e ajustados ao funcionamento da máquina administrativa, e não derivados de qualquer associação pura e simples com o direito penal.

Indo além, o diploma estabelece deveres de regulamentação e de revisão que devem ser observados pela autoridade investida de poderes sancionatórios: ela deve publicar orientações sobre o exercício de sua atividade, contendo todas as informações relevantes; revisar suas orientações sempre que necessário; promover a consulta aos potenciais afetados antes de publicar as orientações ou suas revisões; e considerar essas orientações no exercício de suas funções (cf. seção 62, 2, *a, b, c, d* e *e*).

Chama a atenção, ainda, a previsão da seção nº 72, que obriga que o regulador se abstenha de impor ônus e encargos desnecessários aos administrados, a não ser que, justificadamente, isso se revele impraticável ou desproporcional:

---

de reforço, quando se crê haja violação da licença da atividade e o regulador delimita tempo para o regulado se readeque. MA CRORY, Richard B., *Op. cit*., p. 60.

> 72 Dever de não impor ou manter encargos desnecessários
> (1) Qualquer pessoa que exerça uma função regulatória a que se aplica esta seção deve mantê-la sob revisão e garantir que, no exercício da função, não:
> (a) imporá encargos que considere desnecessários, ou
> (b) manterá encargos que considere tenham se tornado desnecessários.
> (2) A subseção (1) não exige a remoção de um encargo que se tornou desnecessário quando a sua remoção, tendo em conta todas as circunstâncias, revelar-se impraticável ou desproporcional.
> (3) Quando esta seção se aplica a uma função regulatória, a pessoa que a exerce deve, de tempos em tempos, publicar uma declaração indicando:
> (a) o que a pessoa se propõe fazer de acordo com a subseção (1) em relação à função no período a que se refere a declaração,
> (b) (exceto no caso da primeira declaração publicada pela pessoa sob esta seção) o que a pessoa fez de acordo com a subseção (1) em relação à função desde a declaração anterior por ela publicada, e
> (c) quando um encargo relativo ao exercício da função que se tornou desnecessário é mantido de acordo com a subseção (2), as razões pelas quais a remoção do encargo, consideradas todas as circunstâncias, revele-se impraticável ou desproporcional.
> (4) A primeira declaração publicada nesta seção por uma pessoa:
> (a) deve ser publicada o mais rapidamente possível após o início do dever na subseção (1) em relação à função, e
> (b) deve ser uma declaração pelo período de doze meses a partir do dia da sua publicação.
> (5) Uma declaração subsequente publicada por uma pessoa sob esta seção:
> (a) deve ser publicada durante o período a que a declaração anterior foi relacionada ou, o mais rapidamente possível, a partir daí, e
> (b) deve ser uma declaração pelo período de doze meses que começa com o final do período ao qual a declaração anterior se relacionou.
> (6) A publicação de uma declaração ao abrigo desta seção deve ser da forma como a pessoa que a publica considera adequada para chamar a atenção das pessoas que podem ser afetadas por ela.
> (7) Uma pessoa que exerça uma função a que se aplica a subseção (1) deve, no exercício da função durante um período durante o qual uma declaração está em vigor ao abrigo desta seção, ter em conta essa afirmação.

O "Regulatory Enforcement and Sanctions Act" inglês, portanto, traz preceitos com densidade normativa maior do que os *guidelines* arrolados pela OCDE, mas ainda bastante genéricos, com vista a propiciar o grau possível e necessário de consistência e entendimento quanto à atuação repressiva e fiscalizatória levada a cabo pelas autoridades reguladoras. A variedade de ferramentas vislumbradas pelo legislador vai ao encontro da abordagem responsiva da sanção administrativa, como se viu no capítulo 4. A delimitação de conceitos e de orientações claras, ademais, ajustados às particularidades do funcionamento da Administração (ao invés de extraídos de associações genéricas com o direito penal) favorece um discurso coerente e um cenário de maior segurança jurídica.

6.4.3 Estados Unidos: *Revised Policy Statement on Penalty Guidelines* (2010).[584]

Nos Estados Unidos, a Federal Energy Regulatory Comission (FERC), agência reguladora do setor de energia, publicou em setembro de 2010 um conjunto revisado de diretrizes voltadas à aplicação de penalidades da sua competência, para tornar ainda mais justa, consistente e transparente sua atuação. O ato normativo infralegal foi fruto de um amplo debate com a sociedade no âmbito de *workshops.* Uma versão anterior havia sido publicada em março do mesmo ano e submetida a um procedimento de consulta pública.[585] Na versão revisada, a FERC respondeu a cada um dos comentários e acolheu parte deles.

O documento é interessante por um conjunto de razões. A começar pelos esclarecimentos prestados em resposta aos comentários dos agentes regulados, que expressam de modo claro e minucioso os objetivos buscados pela entidade na aplicação das sanções e a justificativa para os parâmetros fixados. Uma dessas explicações buscou responder à crítica formulada por agentes do setor de que seria impróprio formular diretrizes em âmbito administrativo tomando-se por parâmetro os "Sentencing Guidelines", que são orientações fixadas pela United States Sentencing Comission para guiar os tribunais federais na aplicação de sanções criminais a pessoas e organizações condenadas por delitos graves.[586]

A resposta da FERC estabeleceu uma distinção que claramente vai ao encontro da abordagem preconizada no capítulo 3 da tese. Esclareceu-se que as diretrizes formuladas em âmbito penal foram utilizadas apenas como um modelo analítico, mas sem que os princípios penais fossem inadvertidamente apropriados na determinação das penalidades regulatórias cabíveis.[587] Ao contrário, a agência fez questão de enfatizar que seguiria se baseando nos elementos fixados na legislação pertinente aplicáveis à sua atuação, relacionados à gravidade da violação e aos esforços do infrator para remediá-la, e não em elementos e fatores extraídos da seara criminal.[588]

---

[584] *Enforcement of Statutes, Orders, Rules, and Regulations, Revised Policy Statement on Penalty Guidelines*, 132 FERC 61,216, 2010. Disponível em: <https://goo.gl/7TTCRH>. Acesso em: 20 out 2017.

[585] Publicados os *guidelines* em março de 2010, técnicos da agência participaram de workshops para propiciar aos interessados a chance de formularem perguntas sobre a sua interpretação e aplicação. Após a interação com esses atores, em abril do mesmo, a FERC decidiu suspender o ato normativo para permitir que comentários escritos fossem enviados à agência. Somente em setembro de 2010, então, uma versão revisada dos *guidelines* foi publicada.

[586] FERC, *Revised Policy Statement on Penalty Guidelines*, [S.l.: s.n.], 2010. Disponível em: <https://goo.gl/75YM2Q>. Acesso em: 20 out. 2017.

[587] "Escolhemos empregar a abordagem analítica das Sentencing Gudelines, não os julgamentos substantivos que elas incorporam quanto às penalidades apropriadas para o comportamento criminoso a que se aplicam" (FERC, norma cit., p. 8).

[588] FERC, norma cit., p. 7.

A Comissão ainda explicou que uma abordagem baseada em diretrizes gerais ("*a guideline-based approach*") não teria o condão de eliminar a necessária aferição discricionária pela agência dos fatores relevantes em cada caso, voltada a individualizar a punição cabível à luz dos fatos concretos. Os *guidelines* servem à maior consistência, coerência e uniformidade, mas não engessam a atuação concreta do regulador, permitindo, inclusive, que a equipe técnica, a partir dos elementos fáticos, decida por encerrar uma investigação ou uma autodenúncia sem a aplicação de quaisquer sanções.[589] Os técnicos, da mesma forma, não estariam impedidos de, em casos específicos, recomendar um desvio quanto aos parâmetros definidos nas diretrizes. Mas isso deve contar com a devida justificação e depende da aprovação da autoridade administrativa competente.

Durante a consulta pública, foi então questionado quais os critérios que legitimariam um desvio quanto aos *Guidelines*, solicitando-se que a FERC os delimitasse no ato normativo. A Comissão, contudo, pontuou que:

> (...) nenhuma norma de diretrizes pode incluir uma lista exaustiva de fatores, e cada decisão dependerá dos fatos e circunstâncias particulares. (...) nossa decisão de adotar uma abordagem baseada em diretrizes não restringe o critério que sempre exercemos e continuaremos a exercer para fazer uma avaliação individualizada com base nos fatos apresentados em um determinado caso. Geralmente, reconhecemos que os Penalty Guidelines nem sempre consideram os fatos e circunstâncias específicos de cada caso. Essa é uma característica inevitável de uma abordagem baseada em diretrizes para determinar penalidades. Pode ser apropriado afastar-se da aplicação das diretrizes quando elas não acomodem circunstâncias relevantes em torno de uma dada violação, e é por isso que incluímos flexibilidade para nos afastarmos sempre que necessário. Quando a Comissão determinar que é apropriado afastar-se para mais ou para menos das diretrizes de penalidades, registraremos as razões que nos levaram a concluir que esse *distingushing* era apropriado.[590]

Ainda nos esclarecimentos prestados, a Comissão pontuou ter acolhido sugestões para que as diretrizes criassem mais mecanismos voltados a encorajar o cumprimento da regulação e premiar condutas de elevada conformação.[591] Até porque "*alcançar o cumprimento, e não*

---

[589] "A Comissão esclarece que os *Penalty Guidelines* não afetarão o exercício do poder discricionário da equipe executiva para encerrar investigações ou autodenúncias sem sanções. Os agentes continuarão a encerrar todas as investigações em que não for encontrada qualquer violação e a encerrar investigações sem sanções por certas violações de natureza relativamente menor e que resultem em pouco ou nenhum dano potencial ou real. Da mesma forma, a avaliação pelos técnicos quanto às autodenúncias continuará a levar, em muitos casos, a que a equipe sequer inicie as investigações, particularmente para violações menores que não causem danos e quando medidas preventivas tiverem sido implementadas para evitar reincidências. Os Guidelines só serão aplicados depois que ficar determinados que uma violação foi cometida e que a violação atrai a imposição de uma sanção pela Comissão" (FERC, norma cit., p. 13-14). Tradução livre.

[590] FERC, norma cit., p. 14-15. Tradução livre.

[591] A FERC também acolheu a sugestão dos interessados para excluir dos *Guidelines* previsão segundo a qual a empresa deixaria de receber qualquer benefício caso funcionários de alto escalão ("*senior-level personnel*") tivessem participado, tolerado ou se omitido deliberadamente quanto à conduta ilícita. Reconheceu-se que,

aplicar penalidades, é o objetivo central dos nossos esforços de execução".[592] Daí o peso atribuído nas diretrizes aos particulares que provem possuir programas efetivos de *compliance*, fator que, combinado a outros, pode reduzir a penalidade em até 95% (noventa e cinco por cento).[593]

De todo modo, o documento esclarece que a aplicação de sanções e o incentivo ao maior cumprimento da regulação não devem ser vistos como objetivos mutuamente excludentes. Ao invés disso, as penalidades são uma ferramenta importante para alcançar o cumprimento da regulação, abordagem que vai ao encontro da ótica instrumental apontada no capítulo 3 da tese.[594]

Na revisão dos *Guidelines*, a FERC ainda acatou as sugestões para que mecanismos de incentivo à conformação de condutas, como autodenúncia, cooperação e confissão de responsabilidade, fossem tratados de modo independente (o que não era feito), com vista a gerar ainda mais estímulos aos particulares. Logo, cada uma dessas iniciativas passou a contabilizar pontos cumuláveis para o agente privado, passíveis de serem revertidos em uma mitigação da penalidade.

De outro lado, a Comissão rejeitou a sugestão dos interessados de que, quanto à agravante relacionada ao histórico da empresa, fosse definida uma regra categórica pautada apenas em violações de natureza grave. Segundo a FERC, contudo, embora as infrações sérias sejam de fato as mais preocupantes, violações leves, porém, sistemáticas, também merecem ser consideradas:

> (...) também estamos preocupados com o número de violações anteriores cometidas por uma organização e a frequência com que a organização cometeu violações. Por exemplo, a Comissão pode estar preocupada com uma organização que cometeu muitas violações durante um período relativamente curto de tempo, independentemente da gravidade das violações. Essa situação pode refletir uma falta geral de compromisso com a conformidade e não seria capturada se limitássemos o aumento associado à trajetória a violações graves. Em vez de criar uma regra precisa, consideraremos o histórico anterior de uma organização caso a caso. Essa

---

"apesar de dedicarem esforços e recursos significativos ao cumprimento das regras, as organizações podem ainda assim não se revelarem capazes de evitar uma violação, especialmente se estiverem lidando com um empregado desonesto que não adira ao direcionamento claro da empresa. Em tais situações, a Comissão considera que seria injusto recusar automaticamente todo o crédito de conformidade para uma organização que atue de forma diligente para cumprir a lei" (FERC, norma cit., p. 48. Tradução livre). A despeito disso, ressalvou-se a situação em que o envolvimento do funcionário de alto escalão fosse tão penetrante na organização da empresa a ponto de não poder ser diferenciado da conduta coletiva da organização como um todo (FERC, norma cit., p. 49).

[592] FERC, norma cit., p. 41. Tradução livre.

[593] FERC, norma cit., p. 43.

[594] "Foi amplamente reconhecido que 'os reguladores têm uma série de ferramentas persuasivas em mãos, como advertências, penalidades civis, incluindo multas, e suspensão de licenças, com as quais busca obter conformidade'. A Comissão espera que as sanções civis levem as organizações a dedicar importantes esforços e recursos para o cumprimento, a fim de evitar futuras penalidades." (FERC, norma cit., p. 44; tradução livre).

> abordagem caso a caso nos dará a flexibilidade para considerar não apenas a natureza e a gravidade das violações do passado, mas também outros fatores importantes, como o número e a frequência de violações anteriores.[595]

Ao final dessas e de outras explicações, encontram-se efetivamente fixados os *Guidelines* revisados, que contêm uma parte inicial (capítulo 1, parte A) voltada à apresentação de princípios gerais de aplicação das penalidades. Não princípios propriamente substantivos, mas de procedimento, na linha do que foi acima destacado. Assim, por exemplo, consta que a FERC se reserva o direito de afastar a aplicação das diretrizes quando considere apropriado no caso concreto, como meio de se preservar o espaço de discricionariedade da agência; que as penalidades são uma importante ferramenta para se obter a conformação da conduta dos particulares; mas que é esta – e não a aplicação de punições –, a rigor, a finalidade central da agência.

Adiante, a parte B do capítulo 1 tem por foco os programas de *compliance*. Nela são fixadas definições em torno do que seja um programa efetivo de conformação, o que esses programas pressupõem e quais as medidas que a empresa deve adotar. Na parte C, então, são previstos os *guidelines* para se agravar ou atenuar punições em vista de posturas de maior ou menor conformidade pela empresa.[596] Por exemplo: se a organização tiver cinco mil ou mais empregados e um funcionário de alto escalão participar ou tolerar a violação à legislação, acrescentam-se 5 pontos ao cálculo da punição. Já se o número de empregados for menor (um mil ou mais), acrescentam-se 4 pontos. De outro lado, fatores como a cooperação plena com a investigação implicam a subtração de pontos. Tudo devidamente acompanhado de explicações pertinentes.[597]

Adiante, o capítulo 2 trata das diretrizes para aplicação de penalidades em razão de violações aos padrões de confiabilidade ("*reliability standards*") aprovados pela FERC. A metodologia parte do valor-base correspondente a 6 pontos (equivalente a uma multa de cinco mil dólares) e orienta a autoridade administrativa à contabilização de pontos adicionais

---

[595] FERC, norma cit., p. 61.

[596] Os pontos são acrescidos ou subtraídos de uma pontuação-base. A tabela com o valor da multa associado a cada pontuação consta da parte C do capítulo 1 (§1C2.2). Assim, por exemplo, se ao final do processo de aplicação o infrator contabilizar 10 pontos, será obrigado a pagar uma multa de $20,000 (vinte mil dólares); acumular 20 pontos, $650,000 (seiscentos e cinquenta mil dólares); e assim por diante.

[597] Por exemplo: por cooperação plena, deve-se entender a que seja oportuna e completa. Oportuna quando se iniciar essencialmente no mesmo momento em que a empresa for notificada da investigação. Para ser completa, a empresa deve franquear acesso ao regulador a todas as informações pertinentes por ela conhecidas. Há ainda a ressalva de que a cooperação demandada é a da empresa, e não a de indivíduos. Portanto, se a empresa cooperar verdadeiramente, mas a obtenção de informações sobre o responsável for inviabilizada pela não cooperação de indivíduos isoladamente, ela não deixará de se beneficiar. E há também diretrizes voltadas à preservação da empresa, como a redução da pena base se ela não puder pagá-la sem comprometer a continuidade de suas atividades (FERC, norma. cit, p. 102 ou §1C2.3., *application notes* nº 11).

conforme o risco de dano verificado em cada caso e a perda de carga elétrica (*e.g.*, se a violação causar um risco moderado de dano pequeno ou um risco baixo de dano substancial; implicará o acréscimo de 5 pontos; já se causar uma perda de 10 ou mais MWh, haverá um acréscimo de 6 pontos). Cada uma dessas agravantes é seguida de exemplos.[598]

Ainda no capítulo 2, são traçadas diretrizes para violações por fraude, conduta anticompetitiva, violações de tarifas e outras violações, bem como para declarações falsas intencionais ou imprudentes.

De modo geral, o ato normativo impressiona pela clareza e pela sistematicidade. A preocupação com explicações e a efetiva compreensão de seu texto é nítida. O diploma valoriza o olhar responsivo, tanto ao incentivar programas de *compliance* e mecanismos de cooperação, quanto ao considerar o comportamento específico dos agentes regulados, a exemplo da norma que agrava a penalidade imposta particular que sistematicamente descumpra a regulação. Tudo, ademais, sem asfixiar a necessária flexibilidade do regulador em cada caso, mas vinculando-o a diretrizes a princípio imponíveis (e controláveis), a não ser que, justificadamente, a Comissão aprove o seu afastamento.

6.4.4 Chile: *Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales* (2015).

No Chile, a *Superintendencia del Medio Ambiente* – SMA, uma entidade da Administração Pública indireta incumbida da aplicação das sanções administrativas ambientais, editou em 2015 um guia contendo as bases metodológicas para a determinação dessas penalidades.[599] O ato normativo é interessante porque privilegia outra ótica destacada na tese, relacionada à abordagem regulatória ou econômica da sanção administrativa. Segundo a SMA, trata-se de uma "*ferramenta analítica cujo objeto será a busca de coerência, consistência e proporcionalidade na fundamentação das sanções, potencializando o efeito dissuasivo das mesmas*".[600] Ali se frisa, ainda, que *"[o] poder dissuasivo das sanções*

[598] Eis um exemplo de baixo risco de dano significativo: um Operador de Gerador falha, sem qualquer atraso intencional, quanto a notificar a Autoridade de Balanceamento e Operador de Transmissão da falha do equipamento que limitaria a saída de seu gerador de 300 MW, o que que pode dificultar que a Autoridade de Balanceamento do Operador do Gerador reponha a energia em um período de alta demanda ou baixa disponibilidade de suprimentos. FERC, norma cit, p. 106 ou §2A1.1., *illustrative examples*, 1, B.2.

[599] Esse guia foi veiculado pela Resolução Isenta nº 1002, de 29 de outubro de 2015. Disponível em: <https://goo.gl/FiMu2a>. Acesso em: 03 nov. 2017.

[600] SMA, norma cit., p. 1.

depende, dentre outros fatores, do impacto econômico que estas produzem para o infrator, de sua adequada fundamentação e coerência, assim como da efetividade de sua aplicação".[601]

Na primeira parte do guia, há uma apresentação do contexto normativo que fundamenta as competências da SMA e que orienta o exercício de sua atividade sancionatória, incluindo o catálogo de infrações previsto em lei (que não é taxativo) e de sanções.[602]A segunda parte é teórica. São apresentados os fundamentos utilizados pela SMA para desenvolver a metodologia por ela adotada, baseados, precipuamente, em ensinamentos da análise econômica do direito, com destaque para as contribuições de Gary Becker em torno do conceito de dissuasão ótima.[603]

É a terceira parte do ato normativo que cuida propriamente da fixação das bases metodológicas para a determinação de sanções pecuniárias. Nela, em primeiro lugar, são tecidos esclarecimentos conceituais a propósito de cada uma das circunstâncias do art. 40 da Lei nº 20.417/2010 (Lei Orgânica da Superintendência do Meio Ambiente – LOSMA), que especifica fatores a serem considerados no momento da quantificação da sanção.[604] Ali é explicado, *e.g.,* o que se deve entender por importância do dano causado ou do perigo ocasionado, e quais são os outros critérios que, em juízo fundamentado, a autoridade deve levar em consideração para determinar a sanção cabível, como a cooperação eficaz, a autodenúncia e a aplicação de medidas corretivas pelo próprio infrator.

Em seguida nesse capítulo, é então apresentado o esquema metodológico geral a ser considerado, baseado na aplicação de uma fórmula matemática, nos seguintes termos:

> As bases metodológicas para a determinação das sanções desenvolvidas pela SMA baseiam-se em um esquema conceitual que, através de uma função matemática,

---

[601] SMA, norma cit., p. 3.

[602] As infrações podem ser caracterizadas como gravíssimas, graves ou leves, em função de determinados efeitos ou características, conforme especificações do art. 36 da Lei nº 20.417/2010 (Lei Orgânica da Superintendência do Meio Ambiente – LOSMA). A própria lei especifica as sanções aplicáveis a cada categoria de infração, conforme sua gravidade (art. 39).

[603] Sobre o modelo de dissuasão ótima, v. o cap. 3 da tese. Nessa linha, o guia destaca os dois enfoques considerados determinantes para a construção de uma política sancionatória eficaz, a saber: o compensatório, relacionado à ideia de que a sanção ótima é a que permite internalizar/compensar o custo social da infração, relacionado à magnitude dos danos causados ou, na sua falta, ao custo de reparação dos efeitos ocasionados; e o dissuasório, que tem por foco a influência da sanção sobre a conduta do potencial infrator, sob a ótica de que este deve enxergar a conformação à legislação como a postura de maior benefício líquido esperado.

[604] O art. 40 da LOSMA descreve as circunstâncias importantes a serem consideradas para a determinação da sanção específica, relacionadas à infração e ao infrator. São elas: a importância do dano causado ou do perigo ocasionado; o número de pessoas cuja saúde possa ter sido afetada pela infração; o benefício econômico obtido com a infração; a intenção do infrator no cometimento do ilícito, bem como o grau de participação no fato, ação ou omissão constitutiva da infração; a conduta anterior do infrator; a capacidade econômica do infrator; o cumprimento de programa de cumprimento (um instrumento de incentivo ao cumprimento da legislação previsto no art. 42 da LOSMA); a depredação ou vulneração de uma área silvestre protegida pelo Estado; e qualquer outro critério que, a juízo fundamentado da SMA, seja relevante para a determinação da sanção.

> materializa a aplicação conjunta das várias circunstâncias definidas no artigo 40 da LO-SMA, fornecendo uma referência objetiva, proporcional e consistente para a definição de uma resposta sancionatória específica, de caráter pecuniário, às várias infrações ambientais da competência da SMA. Cabe reiterar que essas bases metodológicas são parte de um processo dinâmico, de melhoria contínua e adaptação a casos específicos com os quais a SMA se depara.[605]

Por fim, o guia traça diretrizes para a aplicação de sanções não pecuniárias, a serem utilizadas quando a multa não for capaz de produzir o efeito dissuasório esperado.[606] No caso das infrações de caráter grave ou gravíssimo, essas penalidades consistem no fechamento definitivo ou temporário do estabelecimento e na revogação da resolução de qualificação ambiental da empresa.[607] Consta do ato normativo que o critério principal para o uso dessas ferramentas é a magnitude do dano ou perigo de dano ocasionado, mas que outros critérios também podem fundamentar essas sanções.[608]

As diretrizes da Superintendência do Meio Ambiente do Chile, portanto, são outra espécie de norma de procedimento que ilustra uma forma possível de se operacionalizar a abordagem apresentada ao longo da tese, especialmente quanto ao olhar regulatório e econômico acerca da sanção administrativa. O guia metodológico chileno enfatiza a necessidade de se enxergar a sanção como uma ferramenta a serviço de fins precipuamente dissuasórios, e, por isso, submetida a uma lógica de incentivos econômicos. Aspectos como os ganhos auferidos e almejados pelo infrator e os custos diretos e indiretos associados à sua conduta são a base para se construir uma fórmula de cálculo aplicável à determinação da punição cabível.

---

[605] SMA, norma cit., p. 30. Ainda: "O esquema metodológico para a determinação de sanções pecuniárias é estruturado por meio da adição de dois componentes: um componente que representa o benefício econômico derivado diretamente da infração, denominado 'Benefício Econômico', e outro denominado 'Componente de Afetação', o qual se refere ao nível de lesividade associado à infração, que, por sua vez, é classificado por certas circunstâncias ou fatores de aumento ou diminuição". Tradução livre.

[606] "Em relação ao fundamento que a Superintendência contemplou para o uso de sanções não pecuniárias aplicáveis a infrações graves ou muito graves, ou seja, o fechamento, temporário ou definitivo, ou revogação da resolução de qualificação ambiental, sua imposição é considerada no caso em que as sanções pecuniárias não sejam suficientes para atingir o objetivo da dissuasão ou o objetivo de uma proteção adequada do meio ambiente e da saúde humana, sendo os efeitos da violação de uma magnitude tal que se torne necessário adotar medidas para proteger o bem legal protegido"(SMA, norma cit., p. 45). Tradução livre.

[607] Há também sanções não pecuniárias relacionadas a casos leves, consistentes em advertências escritas. O objetivo, nesses casos, é dissuadir o infrator para que modifique sua conduta, sem ocasionar um impacto econômico para o mesmo.

[608] Especificamente: a reincidência na infração cometida, sob o fundamento de que o efeito dissuasório de uma sanção prévia não se revelou suficiente para obter o efeito preventivo almejado; os casos em que o benefício econômico obtido superar de forma significativa os limites estabelecidos para uma sanção pecuniária, circunstância que impossibilita a eliminação da totalidade do benefício econômico obtido por meio da aplicação da multa e, portanto, limita de forma importante o efeito dissuasório da sanção pecuniária.

O modelo proporciona transparência, maior possibilidade de controle, uniformidade e racionalidade. Mas sem asfixiar a necessária flexibilidade do regulador para atuar de forma responsiva, nem recorrer a categorias genéricas ou princípios emprestados do direito penal. Em poucas palavras, ele confere ao direito administrativo sancionador uma identidade própria e um discurso coerente. Ou tenta fazê-lo. Já é um passo importante.

No Brasil, aliás, iniciativas voltadas à institucionalização de procedimentos desse tipo, que esclareçam premissas, fixem critérios claros e organizem prioridades, poderiam contribuir bastante para a evolução do direito administrativo sancionador.[609] A custo baixo. É que, dentre as várias dificuldades a serem enfrentadas nesse campo, uma delas – e foi isso o que se buscou explicitar ao longo da tese – é justamente a falta de um discurso coerente e racional que produza entendimento. Arrumar as ideias, portanto, está na ordem do dia.[610] E procedimentos sensíveis aos elementos peculiares ao direito administrativo sancionador podem ser importantes aliados nessa tarefa.

[609] Tramita no Congresso Nacional projeto de lei voltado a incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público (PL do Senado 349/15 e PL da Câmara 7.448/17). Embora o conteúdo normativo proposto seja mais genérico, já que voltado ao direito público em geral, ele traz disposições que estão em harmonia com as preocupações suscitadas na tese, como a efetiva avaliação de consequências práticas das decisões e a importância de se considerarem, na interpretação das normas sobre gestão pública, os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

[610] "Pode-se aprender com aplicações malsucedidas de uma teoria, bem como com uma teoria malsucedida. Não se pode aprender muita coisa, contudo, quando falta um acordo mínimo sobre os seus pressupostos e os critérios para sua efetiva aplicação". ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 6-50, jan./jun., 2011, p. 13.

CONCLUSÃO

> "A compreensão da história pressupõe a percepção da dinâmica contínua da vida e não a apreciação de imagens estanques, congeladas. (...) Daí falar-se em *tendências de evolução* da teoria. (...) aqui apresentadas sob a forma dos problemas, dos desafios mais relevantes a serem enfrentados pela teoria, em sua função de compreender a realidade jurídica do direito administrativo e, ao mesmo tempo, justamente por fornecer elementos de melhor compreensão, de influenciar a evolução dessa realidade".[611]

Ao longo do trabalho, procurou-se chamar atenção para um conjunto de perplexidades, confusões, desajustes e mesmo irracionalidades que permeiam o direito administrativo sancionador brasileiro. São diversos os problemas, associados, em grande medida, à prevalência de uma dogmática pouco atenta às particularidades do direito administrativo sancionador e de suas ferramentas. Daí a proposta de um discurso jurídico construído *a partir* do direito administrativo, e não adaptado a ele (de empréstimo da disciplina penal). De um discurso voltado a iluminar as diversas etapas do ciclo de construção e aplicação do direito administrativo sancionador com mais coerência e consistência. Que, ao final, promova segurança jurídica e previsibilidade, tão caras que são ao campo da atividade administrativa sancionatória, mas que têm perecido em um ambiente de enorme incerteza.

Em proposições objetivas, foram as seguintes as principais ideias desenvolvidas ao longo do trabalho:

1. O direito administrativo sancionador experimentou uma significativa expansão, sobretudo a partir da segunda metade do século XX. Esse fenômeno tem causas distintas. No Brasil, ele guarda forte relação, em primeiro lugar, com o novo perfil de atuação do Estado assumido na década de 1990, por meio da regulação econômico-social. Com efeito, a multiplicação de normas de conduta para balizar o exercício de atividades econômicas em sentido estrito e a prestação de serviços públicos levou a um incremento lógico das atividades estatais de fiscalização e punição. Mas há outros fatores. O perfil das sociedades contemporâneas, mais dinâmicas e permeadas de riscos, demanda respostas estatais rápidas e versáteis, o que torna inviável que a repressão opere apenas no campo penal. E há ainda uma espécie de frustração generalizada dos indivíduos com a efetividade do direito criminal, que incentiva a adoção de respostas alternativas ou complementares em outros campos, sobretudo no do direito administrativo sancionador. No Brasil, por exemplo, a edição da Lei anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) expressa esse sentimento.

---

[611] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil.* São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 411.

2. Em verdade, essa tendência se insere em um contexto mais amplo de fluxos não lineares, dinâmicos e mesmo contraditórios, ora de "administrativização" de condutas antes disciplinadas pelo direito penal; ora de criminalização de atividades até então tratadas como simples infrações administrativas; ora, ainda, de superposição dessas estratégias punitivas. Uma retrospectiva histórica ajuda a compreender a evolução dessas tendências e a relação de certa forma "promíscua" estabelecida entre os direitos penal e administrativo.

3. No âmbito do direito penal, a concepção clássica e liberal desenvolvida na segunda metade do século XVIII – que associa a pena à ideia de *ultima ratio* e enxerga o direito penal como instrumento de garantia dos indivíduos contra o arbítrio estatal – deu lugar a uma versão contemporânea pautada em riscos. Hoje, enxerga-se a tipificação de crimes e de penas como meios de direcionamento da conduta social, incluindo a das grandes corporações, para a tutela de realidades desejadas (ao invés de liberdades). Não sem críticas. Winfried Hassemer, por exemplo, é um dos expoentes da defesa de um retorno do direito penal às suas origens, voltadas à proteção dos bens jurídicos e valores ético-sociais mais caros à sociedade. E é em meio a esses debates – de minimalismo penal *versus* modelos simbólicos e tipos abstratos – que se insere a possível (ou necessária) transferência de ilícitos penais à seara administrativa.

4. No âmbito do direito administrativo sancionador, após um esforço de limitação do poder da Administração Pública na segunda metade do século XVIII, a disciplina experimentou forte expansão a partir da II Guerra Mundial. São exemplos dessa realidade países como Alemanha, Portugal e Itália, por razões associadas tanto a demandas do Estado de bem-estar social, quanto à necessidade de redução do Estado-penal e desobstrução da Justiça. Já na Espanha, a descriminalização de condutas durante a ditadura franquista e sua transferência à seara administrativa tiveram objetivo diverso: diminuir garantias e enfraquecer o controle da atuação estatal.

5. Seja como for, esse retrospecto evidencia um cenário complexo não apenas pela expansão acelerada do direito administrativo sancionador nas últimas décadas, mas em função da trajetória errática e dinâmica que se estabeleceu entre essa seara e o direito penal ao longo da história. No Brasil, o operador do direito tem dificuldades para delimitar tanto o espaço a ser ocupado pelo direito administrativo sancionador, como as balizas voltadas a orientar a atuação sancionatória da Administração Pública. Há uma carência generalizada de consensos teóricos mínimos e coerentes. Um quadro de incertezas que é ainda agravado pela falta de conexão e de diálogo entre os planos prescritivo e descritivo. O que fica é a sensação de um direito administrativo sancionador pouco previsível, que muitas vezes avança no escuro.

6. É preciso buscar segurança jurídica, congruência e eficácia. Daí a proposta da tese, de delimitação de um discurso de justificação, interpretação e aplicação voltado a orientar as diferentes etapas do ciclo sancionatório em âmbito administrativo: desde a construção de modelos punitivos, passando pela interpretação e aplicação de seu regime jurídico, até a fundamentação das decisões nessa matéria. Um discurso de legitimação que promova coerência e integridade, ao considerar as distinções existentes entre os campos penal e administrativo (ainda que de grau, e não absolutas) e a necessidade de se levar a sério aquilo que faz da sanção administrativa uma resposta estatal peculiar, aplicada segundo finalidades próprias, por meio de corpos orgânicos submetidos a exigências funcionais peculiares.

7. Na literatura administrativista brasileira, autores que se dedicaram a um estudo mais analítico do direito administrativo sancionador e de suas ferramentas adotam um enfoque usualmente formalista e conceitual. Diz-se *formalista* e *conceitual* porque essas abordagens priorizam temas como a definição da sanção administrativa, sua anatomia, princípios aplicáveis e causas de exclusão da punição. Mas o fazem sem antes perquirir *a que serve* e *o que justifica* o exercício do poder punitivo pela Administração Pública. Há, destarte, uma espécie de salto teórico que permite descortinar conceitos e princípios independentemente de um esforço anterior e necessário de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador. A sanção, assim, é apresentada – e estudada – como uma resposta necessária e automática do ordenamento jurídico ao cometimento de um ilícito. Mas aspectos como a sua funcionalidade e real capacidade de modificar condutas não são enfrentados.

8. Nesses trabalhos, ademais, também chamam a atenção: *(a)* a filiação teórica dos autores administrativistas à tese do *ius puniendi* único do Estado, para dela se extrair a distinção apenas formal entre ilícitos e sanções penais e administrativos – *i.e.*, baseada em regimes jurídicos diversos, e não em elementos materiais; *(b)* a defesa da extensão de garantias e princípios penais ao regime jurídico do direito administrativo sancionador, sem prejuízo de exceções construídas de forma *ad hoc*, a partir de explicações nem sempre coerentes com as premissas teóricas de que partem os trabalhos; *(c)* um desacordo semântico e teórico importante em torno da definição de sanção administrativa (como um *mal*, um *castigo*, uma *medida aflitiva*, uma *situação desfavorável*); do que seja ou não objeto do direito administrativo sancionador (como as medidas ressarcitórias e de poder de policia); e dos fins perquiridos pelas sanções nessa seara (*preventivos*, *ressarcitórios*, *punitivos*, *repressivos*, *disciplinares*).

9. Já dentre os penalistas brasileiros, a percepção sobre o poder punitivo estatal é em parte diversa. Em grau ou em qualidade. Dentre eles, prevalece o entendimento de que

sanções e ilícitos penais e administrativos ou são diversos em sua intensidade, ou em sua essência. Mas são diversos por razão que vai além do elemento formal (regime jurídico). Esses autores, ademais, enfatizam o caráter subsidiário do direito penal e seu viés retributivo, associado à ideia da *pena* como um castigo; um mal justificável por si só, pelo fato de o infrator ter malferido interesses e bens jurídicos da maior importância para a sociedade.

10. De modo geral, então, pode-se afirmar que os criminalistas enxergam distinções mais fortes entre os dois ramos do direito, ao passo que os administrativistas as veem mais fracas, vez que pautadas apenas (ou sobretudo) no regime jurídico formal escolhido discricionariamente pelo legislador. É possível que as razões para tanto sejam históricas. Como se viu, ao tempo em que as bases teóricas do direito penal solidificaram-se na segunda metade do século XVIII, a expansão por que passou o direito administrativo sancionador data de meados do século XX. Esse é um fator que pode dificultar a construção de uma dogmática responsiva às particularidades da atividade sancionatória administrativa. Mas que não justifica descartá-las.

11. Realmente, as distinções fracas que hoje prevalecem na doutrina administrativista abrem espaço a uma promiscuidade nociva entre os direitos administrativo sancionador e penal – de que é sintoma a caracterização da sanção administrativa como um *mal* ou um *castigo*. A rigor, reproduz-se um raciocínio que é circular. Diz-se que a sanção é administrativa porque o legislador definiu o seu regime jurídico como de direito administrativo. E porque o regime jurídico é de direito administrativo, diz-se que a sanção é administrativa. Mas o que define esse regime jurídico para além da competência atribuída à Administração Pública para impor a sanção?

12. O discurso de justificação, interpretação e aplicação proposto na tese busca contribuir para essa resposta. Não pela transposição de princípios e garantias penais à seara administrativa, mas a partir de um modelo teórico sensível às particularidades do direito administrativo sancionador e de suas ferramentas. A comunicação contínua e dinâmica que se estabelece entre esses ramos do direito é um fato, mas não permite afirmar que seus institutos sejam fungíveis. Há vocações e papeis distintos em cada caso. Aspectos finalísticos e funcionais próprios que precisam ser valorados, em busca de consistência e coerência.

13. No campo criminal, um conjunto de modelos teóricos foi desenvolvido com vista à justificação da pena. Dentre eles, destacam-se as teorias dissuasórias e as retributivas. As primeiras ("*deterrence theories*") propõem uma abordagem econômica da punição construída a partir de raciocínios alinhados à chamada análise econômica do direito. Especificamente, às ideias pioneiras desenvolvidas pela Escola de Chicago, pautadas nas premissas racionalistas

do *homo economicus*, do individualismo metodológico e da lógica de incentivos econômicos. Há duas variações dessas teorias: o modelo de dissuasão ótima e o de ganhos ilícitos. Segundo o primeiro, o ilícito, apesar de gerar custos diretos e indiretos, pode também gerar benefícios. Por isso, ele deve ser dissuadido em um patamar ótimo, suficiente para fazer com que o ofensor internalize os custos da infração. Já para o segundo, o ilícito é sempre prejudicial e deve ser combatido de forma absoluta. Logo, a penalidade deve ser fixada em *quantum* suficiente para eliminar qualquer tipo de ganho pelo ofensor. De outro lado, a teoria retribuitiva enxerga a pena como um ato exclusivo de vingança estatal. Essa estratégia de justificação, inspirada nas filosofias de Kant e de Hegel, busca a justa retribuição do infrator pelo mal por ele causado, na medida de sua culpabilidade.

14. Ambas as estratégias teóricas têm pontos fortes e fracos. No campo penal, elas se entrecruzam para justificar o *ius puniendi* exercido pelo Estado. As teorias dissuasórias, por exemplo, guardam maior referibilidade com o direito penal da contemporaneidade, voltado a riscos. Já o modelo retributivo está claramente mais alinhado à concepção clássica do direito penal, carregada de um forte componente ético-moral.

15. E quanto ao direito administrativo sancionador? É preciso identificar quais as notas de singularidade necessárias e relevantes à construção de seu discurso de legitimação. Ao menos os seguintes fatores devem ser considerados: *(i)* particularidades finalísticas e operacionais, *(ii)* o caráter instrumental da sanção administrativa e o sentido que ele assume, bem como *(iii)* um componente funcional associado *a quem* e *como* se aplica o direito administrativo sancionador.

16. De uma *perspectiva finalística e operacional*, o direito administrativo sancionador, como regra, busca a conformação da conduta dos particulares para evitar resultados contrários a objetivos de interesse público definidos no ordenamento jurídico. Ele opera, portanto, a partir de um olhar eminentemente prospectivo e conformativo, dissociado de um juízo de condenação moral. Já o direito penal tem como finalidade inerente (ainda que não seja a única) castigar o ofensor por lesão provocada a bens jurídicos caros à sociedade. Sob essa ótica, ele incorpora um olhar retrospectivo, que leva em consideração a reprovação ético-social da conduta do infrator e busca penalizá-lo na medida de seu merecimento.

17. De uma *perspectiva instrumental*, o direito administrativo sancionador (como o direito em geral) e seus institutos são *meios* a serviço de finalidades protegidas pelo ordenamento jurídico, e não fins em si mesmos. Por isso, cabe ao aplicador do direito perquirir a efetiva capacidade de se alcançarem esses objetivos. Também é preciso considerar que o direito administrativo sancionador, como instrumento, meio de gestão e ferramenta

institucional, não atua da mesma forma, nem busca os mesmos fins que o direito penal. Na seara administrativa, o viés conformativo e prospectivo da sanção, dissociado, como regra, de um juízo de reprovação moral, evidencia a importância da lógica de incentivos subjacente a esse ferramental e a necessidade de que seja responsivo às condições institucionais de seu entorno. É dizer: o direito administrativo sancionador e seus institutos devem ser aptos à produção de incentivos que, consideradas as peculiaridades de cada setor de sua aplicação, promovam a conformação das condutas esperadas e desejadas pelo ordenamento jurídico.

18. Já de uma perspectiva *funcional*, o direito administrativo sancionador é peculiar porque, antes de sancionatória, a atividade desenvolvida é administrativa. Para além das diferenças mais evidentes derivadas do *aspecto funcional estático* (ou seja, do fato de se tratar de competência da Administração Pública, e não do Poder Judiciário), há exigências atreladas ao *aspecto funcional dinâmico* que tornam o exercício do *ius puniendi* pela Administração peculiar em relação ao penal. Assim é que, de um lado, o influxo pragmático a que se sujeita o direito administrativo na atualidade reforça a demanda por efetividade, eficiência e economicidade, inclusive – e com especial ênfase – quanto ao exercício do poder punitivo. Além disso, é possível situar a sanção administrativa como técnica regulatória, que se comunica e se combina a outras ferramentas do Estado regulador com vista à institucionalização de modelos dinâmicos, especializados, sensíveis às demandas e mudanças econômicas, sociais, fáticas e tecnológicas cada vez mais comuns.

19. De outro lado, observa-se também no direito administrativo forte influência do constitucionalismo e da gramática dos direitos fundamentais e sociais, que cobram do administrador, no exercício das suas diversas competências, atuação não arbitrária e proba. Isso se aplica com especial ênfase no campo sancionatório, tendo em vista a natureza coercitiva da ferramenta manejada, apta à restrição de direitos e de interesses legítimos dos administrados.

20. Esse conjunto de fatores aponta para o desafio de se alcançar um fino equilíbrio quanto ao direito administrativo sancionador, o qual, de toda forma, não implica reconhecer, ainda que eventualmente, sua submissão a lógicas e construções próprias do direito penal. O direito penal é útil e pode ser integrado ao esforço de elaboração de um regime moldado *para* o direito administrativo sancionador. Mas as bases de justificação do exercício do poder em cada uma de suas expressões – penal e administrativa – são distintas.

21. É por isso, inclusive, que a dimensão moral intrínseca ao direito administrativo sancionador – porque também neste campo ela há de ser reconhecida – alude à moralidade constitucional (compreensiva da moralidade administrativa em sentido estrito), e não à

retributiva. Daí se poder falar em uma espécie de legitimação híbrida. Isto é, em um modelo *(i)* pautado nos elementos finalístico, instrumental e funcional que atribuem notas próprias ao direito administrativo sancionador e à sanção administrativa, e por isso se alinham à lógica de incentivos revelada pelas teorias dissuasórias – mas sem se limitar à diretriz racionalista por elas defendida; *(ii)* e que, ao mesmo tempo, se revele sensível ao compromisso moral tão caro às teorias retributivas, expressado, contudo, não a partir da carga aflitiva que as permeia, e sim da gramática dos direitos fundamentais e dos valores republicanos e democráticos positivados na Constituição.

22. A proposta, então, é que esses elementos – finalístico, operacional, instrumental e funcional – sirvam de guia para uma reflexão sobre o direito administrativo sancionador nas diversas etapas de seu ciclo. A começar pela construção dos modelos sancionatórios. No direito comparado, há estudos teóricos que podem auxiliar. Baseados na coleta de dados empíricos e na valorização de um olhar regulatório da sanção administrativa, essas propostas buscam entender o que, na prática, faz com que essas ferramentas sejam mais ou menos efetivas. Isto é, produzam incentivos mais ou menos adequados em cenários de limitação de recursos e de impasses institucionais.

23. Em 1992, Ian Ayres e John Braithwaite publicaram o seu modelo de regulação responsiva, que toma por foco o comportamento do administrado. Eles enfatizam a importância de se levarem a sério as diversas motivações por trás da atuação de cada agente submetido à regulação. A partir daí, apostam na construção de esquemas sancionatórios e regulatórios piramidais, que forneçam ao regulador um leque de ferramentas sancionatórias e não sancionatórias a serem aplicadas segundo uma estratégia do tipo *tit-for-tat*, *i.e.*, responsiva ao perfil mais ou menos cooperativo do administrado. Pirâmides essas que devem carregar em seu vértice a possibilidade de aplicação de uma medida bastante rigorosa (referida como "*the benign big gun*"), a ponto de incapacitar o infrator para o exercício da atividade regulada. Mas a ideia é que essa arma poderosa sirva como *ultima ratio*; como ameaça para criar os incentivos corretos com vista à conformação da conduta dos agentes regulados, em um ambiente que confira credibilidade à ação administrativa.

24. Em 2007, Robert Baldwin e Julia Black publicaram estudo em que foram apontadas algumas perplexidades quanto ao modelo responsivo. A proposta da regulação realmente responsiva valoriza o regulador e o ambiente em que inserido. Conforme explicam Baldwin e Black, as motivações dos agentes regulados são importantes, mas significam pouco se o Poder Público não tiver meios nem *expertise* para avaliá-las, assim como para desenhar esquemas regulatórios responsivos e conscientes dos impactos de cada uma das medidas neles

previstas. Daí a relevância dos fatores relacionados ao ambiente institucional em que atua o regulador, às diferentes lógicas operativas por trás das ferramentas, às possibilidades de sua combinação, assim como ao caráter mutável das prioridades, circunstâncias e objetivos regulatórios.

25. Um modelo distinto foi proposto por Philip Hampton e Richard Macrory em 2005, a partir da publicação de relatórios encomendados pelo Governo inglês com viés mais prático. O objetivo desses estudos foi compreender e racionalizar as atividades de fiscalização e aplicação das medidas repressivas. Como resultado, eles propuseram que a regulação se baseie em riscos. *I.e.*, que os recursos disponíveis sejam distribuídos segundo a natureza e a dimensão dos riscos identificados. Os estudiosos também destacaram a importância de o regulador dispor de um cardápio de ferramentas sancionatórias e não sancionatórias e de considerar as peculiaridades, nuances e motivações dos agentes regulados e dos órgãos reguladores para a construção de modelos regulatórios adequados. Para tanto, elaboraram recomendações mais concretas, voltadas a orientar as práticas e a conformação das instituições inglesas na atividade de *enforcement*.

26. Trata-se, assim, de propostas teóricas que, cada qual com as suas nuances, enxergam a sanção administrativa como instrumento a serviço de fins de interesse público cometidos ao Estado-Administrador. Como medida de gestão que deve se integrar às atividades materiais a cargo do regulador a título de ferramenta a mais – ao lado de outras, como as estratégias de fomento, persuasivas e preventivas – em busca de efetividade e eficiência. Isso exige que se avalie se a sanção administrativa é uma resposta correta no contexto específico em que inserida e se foi calibrada (em tese e em concreto) de modo apropriado; se ela é capaz de produzir os incentivos necessários ao alcance das finalidades buscadas a custos razoáveis.

27. No Brasil, o direito administrativo sancionador carece de um olhar orientado por preocupações como essas. Não com vista à definição de um modelo único ideal, mas de estratégias sancionatórias adequadas aos diferentes contextos de atuação do Estado-Administrador. Embora avaliações e raciocínios complexos como aqueles desenvolvidos pelos modelos teóricos estudados pareçam inviáveis diante das conjunturas econômica, social e política do país, pode-se pensar em simplificações, a exemplo da delimitação de parâmetros abstratos mais genéricos baseados em três eixos.

28. Em primeiro lugar, em um *eixo de conscientização*, associado ao reconhecimento de que a sanção administrativa não é a única nem a resposta mais apropriada em todo e qualquer caso, mas um instrumento do ciclo regulatório que deve ser capaz de produzir os

incentivos corretos em torno da conformação da atuação dos administrados. Em segundo lugar, em um *eixo de construção justificada*, associado à elaboração de modelos de *enforcement* que, tanto quanto possível, incorporem estratégias ecléticas, dinâmicas e criativas, com arranjos próprios, capazes de combinar ferramentas coercitivas e não coercitivas a serem manejadas de forma motivada e transparente pelo regulador em cada caso. Em terceiro lugar, em um *eixo de avaliação*, já que, definido o arranjo sancionatório, é preciso institucionalizar processos de monitoramento sensíveis aos efeitos produzidos pela aplicação do modelo, às eventuais mudanças no ambiente institucional em geral e a alterações nas finalidades regulatórias.

29. Reflexões desse tipo evidenciam, por exemplo, a importância de se enxergarem as sanções administrativas mais graves previstas da Lei n. 8.666/1993, relativas à suspensão do direito ou impedimento de o particular licitar ou contratar com a Administração Pública, como medidas coercitivas que têm custos significativos (para o particular, para a sociedade e para o próprio Poder Público) e podem não incentivar a maior conformidade do comportamento dos agentes sancionados. Soluções alternativas, como as de autossaneamento, já praticadas no exterior e afinadas à tendência mais contemporânea de valorização de programas de *compliance*, podem levar a resultados mais efetivos e eficientes.

30. Outra seara propícia a reflexões nessa linha é das multas regulatórias, largamente utilizadas no Brasil. Conforme fiscalizações empreendidas pelo Tribunal de Contas da União, o percentual de arrecadação dessas sanções é extremamente baixo. Contudo, ao contrário do que pressupôs a Corte de Contas, aumentar a efetividade da regulação não demanda, necessariamente, incrementar a arrecadação. Até porque estruturas de fiscalização e quadros de pessoal reforçados são medidas custosas que esbarrariam em um cenário de escassez crônica de recursos. Para se pensar sobre o tema, as seguintes indagações, inspiradas nos elementos do discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador sugerido na tese, poderiam ser formuladas: a) do ponto de vista da racionalidade econômica, o modelo baseado em multas cria, em relação a cada segmento regulado, os incentivos corretos, considerando-se os custos associados à infração (diretos e indiretos) e os benefícios líquidos esperados pelo potencial infrator por meio do ilícito? b) Há estratégias alternativas menos custosas e potencialmente mais efetivas? c) O modelo é sensível às diferentes motivações dos agentes regulados e incentiva o comportamento cooperativo daqueles que desejem atuar conforme a regulação? d) ainda que existam ferramentas alternativas, como os termos de ajustamento de conduta, elas são efetivas? e) Que outros fatores relevantes interferem na dinâmica de incentivos e precisam ser considerados?

31. Definir modelos sancionatórios adequados é um passo. Mas apenas o primeiro. Ainda que eles sejam adequados, há o risco de que a etapa seguinte, de interpretação e aplicação do regime jurídico relativo ao direito administrativo sancionador, comprometa a efetividade da punição ou coloque em risco a proteção dos direitos dos particulares. Daí a importância de que também essas atividades sejam iluminadas pelo discurso de justificação, interpretação e aplicação proposto na tese. E isso, especialmente, porque no Brasil a maneira de se pensar e aplicar o direito administrativo sancionador assenta, em grande medida, em raciocínios formalistas: ora de extensão de garantias penais a partir da premissa do *ius puniendi* único, ora de contração dessas garantias. Mas sem bem se explicar por que razão e em que casos. Por isso a necessidade de se trazerem à tona raciocínios que considerem, da forma devida, os atributos peculiares à sanção administrativa, como sua razão de ser, seus fins, seu caráter instrumental e suas peculiaridades funcionais.

32. Sobre o discurso teórico de transposição de garantias penais ao direito administrativo sancionador, é marcante a influência do ordenamento jurídico espanhol. Nesse, inclusive, essa diretriz tem fundamento em norma expressa da Constituição de 1978 (a saber, o art. 25.1.). A despeito disso, hoje já se colhem críticas dirigidas a essa estratégia teórica, especialmente em função de um excesso de rigorismo quanto ao regime jurídico aplicável ao direito administrativo sancionador, que levaria à sua inviabilidade (ou precariedade) diante de casos concretos.

33. No Brasil, essa construção teórica encontrou terreno fértil. Trata-se de um discurso teórico simples que se alinhou aos anseios advindos com a redemocratização do país e a constitucionalização do direito – em torno de um maior controle dos atos e abusos da Administração Pública. A estratégia cumpriu e ainda cumpre um papel. O que não quer dizer – e esse é o ponto – que não haja a necessidade de um redirecionamento; de um alinhamento exegético para redimensionar a extensão de garantias quando elas não se justifiquem no campo administrativo; testar a legitimidade de exceções já construída pela doutrina e pela jurisprudência, mas sem base de justificação; e inverter a lógica hoje predominante, que é circular, segundo a qual a sanção é administrativa porque seu regime jurídico é de direito administrativo e vice-versa. A proposta da tese é que o regime jurídico seja definido *a partir* dos atributos e peculiaridades que fazem da sanção uma ferramenta do direito administrativo e justificam o seu uso; não o contrário.

34. Para levar adiante essa reconstrução hermenêutica, tomou-se como estudo de caso – e guia – o princípio da legalidade administrativa. Tanto por sua notória relevância, quanto pelo quadro de indefinições e dúvidas que o princípio suscita. Assim é que, em primeiro

lugar, há de se ter presente que a incidência da legalidade, no direito administrativo sancionador, não pode ser equiparada à do direito penal. Não há fundamento para se estender ao campo administrativo a hipótese de reserva legal absoluta e formal prevista no art. 5º, XXXIX, da Constituição, que não comporta interpretação expansiva. Ademais disso, nem os propósitos a que serve a legalidade estrita penal (elemento finalístico), nem a estrutura operativa das normas deste campo do direito, guardam referibilidade com o direito administrativo, ainda que em sua expressão sancionatória. Aliás, sustentar um padrão de legalidade exaustivo na seara administrativa seria ainda mais irrazoável porque sequer no direito penal ele prevalece, tendo em vista as chamadas leis penais em branco.

35. Em segundo lugar, afastada a equiparação com o direito penal, a incidência da legalidade no campo administrativo sancionador também não pode ser assimilada à forma como esse princípio se expressa, contemporaneamente, no direito administrativo em geral (*i.e.*, em um espaço mais amplo de juridicidade, no qual admitidas espécies regulamentares não apenas de execução, mas também autônomas e independentes). À luz dos elementos que integram o discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador, deve-se reconhecer uma *reserva relativa de lei* para a definição das infrações e sanções administrativas.

36. Com efeito, o caráter inerentemente mais gravoso ínsito à atividade sancionatória (elemento funcional) atrai a incidência qualificada dos princípios do Estado de Direito e da Segurança Jurídica. A isso se soma a necessidade de um maior controle da ação estatal. Por essas razões – e não por uma suposta extensão da legalidade penal ao campo administrativo, com ou sem matizes – justifica-se no direito administrativo sancionador um padrão de legalidade mais exigente do que aquele reconhecido ao direito administrativo em geral (mas mais flexível do que o da legalidade penal). Refere-se a um padrão de legalidade voltado a proibir que a Administração Pública atue de *lege ferenda* (como no caso dos regulamentos independentes) no que tange à definição de tipos e de sanções, a ponto de criar e inovar à luz diretamente da Constituição. Uma reserva nesses termos, relativa, é ainda reforçada, do ponto de vista normativo, a partir de uma leitura sistemática da própria Constituição, diante do que estabelecem os arts. 5º, inciso II, e 170, parágrafo único.

37. De toda forma, a reserva relativa a que se alude há se ser tida como de lei *material*, e não formal, para admitir que atos normativos com força de lei, como as medidas provisórias, criem, eles também, infrações e sanções administrativas. Não só porque não consta limitação expressa no art. 62 da Constituição, mas porque é essa a exegese mais consentânea com

elementos próprios do discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador (a exemplo de seu maior dinamismo e heterogeneidade).

38. Mas defender uma reserva de lei relativa e material para a definição de infrações e de sanções administrativas ainda é dizer pouco. É preciso saber o que ela requer. Assim é que, no plano da lei exigida, é necessário que esse veículo ao menos autorize especificamente a Administração Pública para o exercício da competência regulamentar (habilitação legal explícita) e estabeleça diretrizes mínimas (remissão legal suficiente), cuja suficiência não é óbvia nem categórica (ao contrário, admite razoável margem de flexibilidade), mas pode e deve ser investigada com o auxílio dos elementos definidos a propósito do discurso de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador. Sem prejuízo dessa margem de flexibilidade, parece exigível que a lei contemple, ao menos, o rol em tese de sanções passíveis de serem aplicadas, como decorrência da segurança e previsibilidade mínimas e necessárias esperadas pelos administrados no Estado de Direito.

39. Ocorre que habilitação legal e remissão legislativa podem não ser suficientes para que o particular compreenda, de forma prévia e clara, quais as condutas vedadas ou exigidas e quais as consequências a que ele está sujeito caso as descumpra – até porque a reserva é relativa, e não absoluta. O princípio da legalidade no direito administrativo sancionador, dessa forma, exige também, como requisito adicional, a predeterminação normativa (embora não necessariamente legal) quanto aos tipos e sanções aplicáveis.

40. Ainda quanto ao princípio da legalidade, há um *distinguishing* necessário a ser feito. É que a legalidade também opera fora do campo específico de definição de infrações e de sanções, como em temas relacionados a aspectos processuais e à maneira de se calcular a medida da punição cabível. Quando for esse o caso, há razões alinhadas a componentes finalísticos e funcionais peculiares ao direito administrativo sancionador para se reconhecer, a princípio, um espaço de criação mais livre pela Administração Pública, em que o princípio se manifeste com sentido e alcance diversos. Essa é uma diferenciação fundamental, que não pode passar despercebida.

41. Seja como for, o padrão de legalidade mais flexível nessas hipóteses (e em outas) não dispensa – antes reforça – a necessidade da devida fundamentação. Não basta que o administrador se ancore em uma suposta prerrogativa institucional para decidir quando e como punir, como calcular sanções ou convertê-las em soluções alternativas. É necessária a devida motivação.

42. Nessa linha, também a motivação das decisões em matéria sancionatória deve sujeitar-se ao influxo de um discurso de legitimação que oriente suas bases. Sem isso, ganhos

obtidos nas etapas anteriores – de construção dos modelos sancionatórios e interpretação do regime jurídico aplicável – podem também ser comprometidos. Isto é: ainda que a sanção tenha sido adequadamente concebida no plano normativo; ainda que ela tenha sido aplicada segundo um regime jurídico corretamente interpretado; se a argumentação utilizada, seja pelo Poder Executivo, seja pelo Judiciário, for puramente formalista, ou puramente pragmática, ou excessivamente genérica, ou descolada, em geral, dos elementos que justificam o exercício dessa potestade, haverá espaço para mais confusões e desajustes.

43. Por exemplo: quanto ao princípio da legalidade, referências genéricas em precedentes jurisprudenciais podem sugerir a indevida extensão ao âmbito administrativo de um padrão de legalidade ultra-rigoroso, aproximado ao do direito penal, no que tange à criação de infrações e de sanções administrativas. De fato, alusões genéricas ao "princípio da legalidade estrita", à "reserva de lei formal" e à necessidade de "lei em sentido formal ou material" pouco esclarecem. Ao contrário, induzem a incompreensões. Ao invés dessas construções, é preciso partir de um alinhamento teórico mais sensível ao sentido da legalidade no direito administrativo sancionador e explicar a razão pela qual, em cada caso, os seus pressupostos foram ou não atendidos.

44. O mesmo vale para os raciocínios em geral de extensão e restrição de princípios e institutos penais à seara administrativa formulados sem critérios claros ou definidos (ponto que foi ilustrado a partir de um caso concreto, em que se discutiu a aplicação do instituto da infração continuada no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar). Esse tipo de argumentação evidencia um dos maiores desafios do direito administrativo sancionador: arrumar o seu discurso para que ele seja inteligível. Para permitir que os diversos atores envolvidos – regulador, agentes regulados, juristas, Poderes Legislativo e Judiciário – dialoguem racional e coerentemente entre si, em um cenário que propicie o grau possível de segurança jurídica. Mas algum grau. Daí a importância de parâmetros. De algum nível de acordo justificado e justificável quanto às premissas de que se parte e sobre como pensar o direito administrativo sancionador. E isso passa pelo amadurecimento dos raciocínios simplistas em torno da transposição ou não de princípios de um lado a outro.

45. Enfim, a proposta da tese é complexa, pois baseada na consideração de um conjunto variado de fatores associados às particularidades finalísticas, instrumentais, operacionais, funcionais, orgânicas, institucionais e normativas – dentre outras – atreladas ao exercício do poder punitivo pela Administração Pública. Mas um esforço de procedimentalização pode atenuar as dificuldades. Não um procedimento específico e hermético compreendido sob a ótica estrita do contraditório (enquanto processo), mas sob

uma acepção bem mais ampla, relacionada aos diferentes caminhos para se pensar e aplicar o direito administrativo sancionador, sobretudo quanto à delimitação de rotinas e de prioridades, na tarefa de construção de modelos e de ferramentas e no *iter* de análise apropriado a esse ramo do direito.

46. Ou seja, a referência não é a um procedimento sancionador específico, mas a normas (várias) de procedimento, tantas quantas se revelem necessárias para promover a viabilidade prática do discurso de justificação, interpretação e aplicação defendido. Isso pode se desenhar em frentes diversas: em diferentes níveis hierárquicos (*i.e.*, por lei em sentido estrito ou por atos normativos infralegais); para orientar diferentes etapas do ciclo de produção e aplicação do direito administrativo sancionador (*e.g.*, a construção dos modelos sancionatórios ou a aplicação das sanções); no que tange a segmentos mais ou menos específicos da atividade econômico-social (normas gerais ou setoriais); mediante graus de densidade normativa variáveis; e quanto a temas também diversificados, processuais (*i.e.*, associados ao devido processo legal adjetivo), mas não limitados a eles, de modo a também abarcar a modelagem de instituições, formas de otimização de recursos, a construção de estratégias sancionatórias, tipos de incentivos passíveis de serem criados, critérios de decisão, esclarecimentos conceituais, dentre outros.

47. Exemplos do direito comparado ilustram o ponto, como o relatório editado em 2014 pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico sobre "Regulatory Enforcement and Inspections"; o "Regulatory Enforcement and Sanctions Act", editado pelo Parlamento inglês em 2008; os *guidelines* editados pela agência reguladora de energia dos Estados Unidos, em 2010, para orientar a aplicação das penalidades de sua competência; e o guia editado pela entidade reguladora chilena em matéria ambiental a respeito da fixação das sanções pecuniárias e não pecuniárias de sua competência. São diplomas que tratam de procedimento a partir de óticas diversas. De todo modo, eles têm em comum o objetivo de racionalizar e conferir coerência, efetividade e clareza ao exercício da potestade sancionatória pela Administração Pública, a partir da valorização de um (ou de alguns) dos aspectos delimitados como parte do discurso de justificação, interpretação e aplicação defendido na tese.

48. No Brasil, aliás, iniciativas voltadas à institucionalização de procedimentos desse tipo, que esclareçam premissas, fixem critérios claros e organizem prioridades, poderiam contribuir bastante para a evolução do direito administrativo sancionador. A custo baixo. É que, dentre as várias dificuldades a serem enfrentadas nesse campo, uma delas é justamente a falta de um discurso coerente e racional que produza entendimento. Arrumar as ideias,

portanto, está na ordem do dia. E procedimentos sensíveis aos elementos peculiares ao direito administrativo sancionador podem ser importantes aliados nessa tarefa.

BIBLIOGRAFIA

Doutrina

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGOSTINI, Alexandra Comar de; L. JUNIOR, Arnaldo Hossepian. A invasão incondicional da Lei Penal e o Direito Administrativo Sancionador como mecanismo de legitimação e controle do poder punitivo do Estado. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 15-32.

ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. *A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil*: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado. Brasília: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Governo Federal – SEAE, documento de trabalho nº 35, 2006. Disponível em: <https://goo.gl/wdiZBi>. Acesso em: 20 out. 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, António Duarte de. O ilícito de mera ordenação social na confluência de jurisdições: tolerável ou desejável? In: CEJUR, *Cadernos de Justiça Administrativa*, X Seminário de Justiça Administrativa, Braga, n. 71, 2008. p. 15-22.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil.* São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia – Dec.-Lei n° 28/84, de 20 de Janeiro. *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários: v. 1: problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Direito penal administrativo e ilícito fiscal. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 105, p. 397-413, jul./set. 1971.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 225, Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-129, jul./set., 2001.

_____. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 236, Rio de Janeiro: Renovar, p. 51-64, abr./jun., 2004.

ARANTES, Helaine Ferreira. Da infração administrativa continuada. *Âmbito Jurídico.* [S.l.: s.n., 200-]. Disponível em: <https://goo.gl/FqfNqM>. Acesso em: 28 out. 2010.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Uma proposta modesta*: uma visão da análise econômica do Direito à luz da teoria dos sistemas e possibilidades de sua aplicação. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 6-50, jan./jun., 2011.

ATALIBA, Geraldo. *Inconstitucionalidade de punições permanentes.* RDM 95/15-25. São Paulo: RT, jul./set., 1994.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 215, Rio de Janeiro, Renovar, p. 151-179, jan./mar., 1999.

_____. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation*: transcending the deregulation debate. New York: Oxford University Press, 1992.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C.* Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez., 2014.

BAIMA, Cesar. Mente corrupta: cientistas buscam explicação biológica para comportamentos imorais. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, p. 20, 16 jun. 2017.

BALDWIN, Robert. The New Punitive Regulation. *The Modern Law Review*, v. 67, n. 3, p. 351-383, maio, 2004.

BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. *LSE Legal Studies Working Paper*, n. 15, 2007. Disponível em: <https://goo.gl/SPBfqW>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo*: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

_____. Transformações do Direito Administrativo: 15 anos depois. Reflexões críticas e desafios para os próximos quinze anos. In: BRANDÃO, Rodrigo; BAPTISTA, Patrícia (Orgs.). *Direito Público,* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 385-410.

BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1938-1960, 2016. Disponível em: <https://goo.gl/n3KYVE>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.*). Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

_____. Acesso à informação: os princípios da Lei n° 12.527/2011. *Revista Quaestio Iuris*, v. 8, n. 3, p. 1741-1759, 2015. Disponível em: <https://goo.gl/qXCL4s>. Acesso em: 21 out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras, Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo – RDA,* v. 229. Rio de Janeiro, p. 285-312, jul., 2002. Disponível em: <https://goo.gl/K2HhJn>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Eds.). *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. [S.l.: s.n.], 1974, p. 1-54. Disponível em: <https://goo.gl/QJPRbG>. Acesso em: 16 dez. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./maio, 2008. Disponível em: <https://goo.gl/5ov994>. Acesso em: 10 de out. de 2017.

_____. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 15ª ed. rev. atul. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOSON, Daniel Silva. Sanções aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a empresas no cartel do cimento: uma visão da análise econômica das penas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 272, p. 119-144, maio/ago., 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; e PÜSCHEL, Flavia Portella (Orgs). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 167-202.

BRAITHWAITE, John. *To punish or persuade*: enforcement of coal mine safety. Albany: State University of New York Press, 1985.

BRANDÃO, Manoel Felipe Rêgo. Processos disciplinares estão num nível próximo do processo inquisitorial. São Paulo: *Revista Consultor Jurídico* – CONJUR, 2017. Disponível em: <https://goo.gl/nm9N6v>. Acesso em: 29 out. 2017.

BREEN, Emmanuel. Country Analysis - France. In: JANSEN, Oswald (Ed.). *Administrative Sanctions in the European Law*. Cambridge: Intersentia, 2013. p. 195-212.

BROWN, Richard. Theory and practice of regulatory enforcement: occupational health and safety regulation in British Columbia. 16 *Law & Pol'y,* 63 1994.

BUCHANAN, James M. *The logical foundations of constitutional theory* (The collected works of James M. Buchanan; v. 1), Liberty Fund: Indianapolis, 1999.

_____. The Public Choice Perspective. The collected works of James M. Buchanan, v. 13. *Politics as public choice*, Liberty Fund, Inc., 2000.

BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal*: parte geral, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar., 1961.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. O direito penal do inimigo como quebra do Estado de Direito: a normalização do Estado de Exceção. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 14, n. 18, p. 74-88, jan./jun., 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, v. 1: parte geral (arts. 1º a 120). 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 30ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, 1961.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: a necessidade do desenvolvimento de uma política sancionadora integrada". In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coords.). Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 107-118.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

_____. A sindicância no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 72, p. 428-434, 1963.

CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.) *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise impacto regulatório*, Brasília: ANVISA, 2009. p. 53-86.

CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República*: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. *Delegações legislativas e poder regulamentar*: política e direito da administração pública brasileira. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

_____. Regulamento autônomo no Brasil: uma resposta às críticas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 30, p. 107-137, 2016. Disponível em <https://goo.gl/Liqa7c>. Acesso em: 05 out. 2017.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

DAVID, Ivana. As garantias constitucionais no direito administrativo sancionador. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 119-130.

DELGADO, Pablo Soto. Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamento de la discrecionalid del regulador ambiental. *Anuario de Derecho Publico da Universidad Diego Portales*, p. 374-407, 2016. Disponível em: <https://goo.gl/QCgCZB>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Revista Ius et Praxis*, ano 22, n. 2, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: CEJUR, *O novo código penal português e legislação complementar*: fase 1, Jornadas de Direito Criminal, Lisboa, 1983. p. 315-336.

DOTTI, René Ariel; ZARDO, Francisco. Punições no sistema financeiro: MP 784. *Jornal Valor Econômico*, São Paulo, p. 12, 21 jun. 2017.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 1999.

DYZENHAUS, David. Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order? *Cardozo Law Review*, v. 27, p. 2.005-2.040, 2006. Disponível em: <https://goo.gl/B63jif>. Acesso em: 16 dez. 2016.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

FABRINI, Fábio. Agências reguladoras aplicam multas, mas não recebem nem metade do valor. *O Estado de São Paulo*, São Paulo. Disponível em: <https://goo.gl/5rju1M>. Acesso em: 25 out. 2017.

FARIA, Margarida Ermelinda Lima de Morais de. *O sistema das sanções e os princípios do direito administrativo sancionador*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Aveiro, Aveiro, 2007.

FERC, *Revised Policy Statement on Penalty Guidelines*, [S.l.: s.n.], 2010. Disponível em: <https://goo.gl/75YM2Q>. Acesso em: 20 out. 2017.

FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral, 13ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

G1. Pedestres e ciclistas poderão ser multados a partir de 2018. *Auto Esporte*. Disponível em: <https://goo.gl/PEHnHv>. Acesso em: 27 out. 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon R. *Curso de Derecho Administrativo*, 9ª ed., v. 2, Madrid: Civitas, 2004.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y processo I*: problemas fundamentales del derecho. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

GUEIROS, Artur de Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal*: parte geral, 2ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Âmbito de validade da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) – para além da Administração Federal. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*. Belo Horizonte, ano 4, n. 16, p. 193-218, abr./jun., 2004.

GUNNING, J. Patrick. *Understanding democracy*: an introduction to public choice. [S.l.: s.n.], 2003. Disponível em: <https://goo.gl/xYPY7t>. Acesso em: 29 maio 2017.

GUNNINGHAM, Neil. *Compliance, Enforcement, and Regulatory Excellence*. Regulatory Institutions Network, Australian National University, 2015. Disponível em: <https://goo.gl/Gi1GfJ>. Acesso em: 21 maio 2017.

HAMPTON, Philip. *Reducing administrative burdens* – effective inspection and enforcement. Londres: The Hampton Review, mar., 2005. Disponível em: <https://goo.gl/uN8GAc>. Acesso em: 20 maio 2017.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. 2ª ed., 1ª reimp. Buenos Aires, 2003.

HAWKINS, Keith. *Environment and Enforcement*: Regulation and the Social Definition of Pollution. Oxford: Clarendon, 1984.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de Filosofia do Direito.* Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HUNGRIA, Nélson. Ilícito penal e ilícito administrativo. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*. v. 1: parte geral. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes.* Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Inês Ferreira. A autonomização do direito administrativo sancionatório, em especial, o direito contraordenacional. In: CARVALHO, Ana Celeste; ABREU, Margarida Reis (Orgs.). *Regime geral das contraordenações e as contraordenações administrativas e fiscais.* Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 29-58.

LETELIER, Raúl. *Garantías penales y sanciones administrativas* - a propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el llamado caso Mackenna. [S.l.: s.n., 20--]. Disponível em: <https://goo.gl/VEzbFa>. Acesso em 13 jun. 2017.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1964.

MACRORY, Richard B. *Regulatory Justice*: making sanctions effective. [S.l.: s.n.]. 2006. Disponível em: <https://goo.gl/9M69Qt>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras. Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Véras; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*, Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 17-48.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán,* Tomo I, Buenos Aires: De Palma, 1949.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18ª ed., rev. e atual.,Sâo Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff de. *Racionalidade e otimização regulatórias*: um estudo a partir da teoria das falhas de regulação. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo, Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*: from Posner to postmodernism and beyond. 2ª ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MICHAELIS. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. [S.l.: s.n.], 2017. Disponível em <https://goo.gl/GysWTr>. Acesso em: 27 jul. 2017.

MINZNER, Max, *Why* Agencies Punish, 53 *Wm. & Mary L. Ver*, n. 853, p. 853-917, 2012. Disponível em: <https://goo.gl/29aRnU>. Acesso em: 24 maio 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOSES, Lyria Bennett. *How to Think About Law, Regulation and Technology*: Problems with 'Technology' as a Regulatory Target. *Law, Innovation and Technology*, v. 5, n. 1, p. 1-20, 2013. Disponível em: <https://goo.gl/SGVxWN>. Acesso em: 16 dez. 2016.

NETO, Elias Marques de Medeiros; VIGLIAR, Jose Marcelo Menezes; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Compliance e lei anticorrupção. *Migalhas*. [S.l.: s.n.], 2013. Disponível em: <https://goo.gl/f3teWP>. Acesso em: 25 out. 2017.

NIELS, G., JENKINS, H. e KAVANAGH, J, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press, 2011. Disponível em: <https://goo.gl/tfEaaU>. Acesso em: 25 out. 2017.

NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012.

NOBRE JUNIOR., Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo - RDA,* v. 219, p. 219-245, jan./mar., 2000.

NOGUEIRA, Danielle; JUSTUS, Paulo Justus; D'ERCOLE, Ronaldo. Estatais não quitam 78% das multas aplicadas por agências reguladoras. *Jornal O Globo,* Rio de Janeiro. Disponível em: <https://goo.gl/v8TEZE> Acesso em: 03 nov. 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito.* Coimbra: Almedina, 2006.

OECD 2014, *Regulatory Enforcement and Inspections*, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, 2014. Disponível em: <https://goo.gl/3rCPa9>. Acesso em: 20 out. 2017.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*, v. 1. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PALIERO, Carlos Enrico. The definition of admnistrative sanctions – general report. In: JANSEN, Oswald (Ed.). *Administrative Sanctions in the European Law*. Cambridge: Intersentia, 2013. p. 1-33.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Autossaneamento (self-cleaning) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n. 102, agosto de 2015. Disponível em: <https://goo.gl/S8jYgb>. Acesso em: 07 jun. 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercado.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINILLA, Nilson. Fundamentos de Derecho Administrativo Sancionatorio, 11 *Derecho Penal y Criminologia*, v. 75, n. 100, 1989.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo*: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, 14ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral*: anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005.

PRATO, Mariana Mota. Accountability Mismatch: as Agências Reguladoras Independentes e o Governo Lula. In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 225-251.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers, 2007.

_____. *Problemas de filosofia do direito,* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. *Program in Law and Economics Working Paper*, n. 53, University of Chicago Law School. Disponível em: < https://goo.gl/Zbf7sS>. Acesso em: 29 maio 2017.

PUERARI, Adriano Farias. *O direito de mera ordenação social português como rumo de criação de um espaço próprio ao direito administrativo sancionador brasileiro.* Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

PUIG, Manuel Rebollo. *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1989.

PUIG, Manuel Rebollo; CARRASCO, Manuel Izquierdo; SOTOMAYOR, Lucía Alarcón; ARMIJO, Antonio Bueno. Panorama del derecho administrativo sancionador en España. *Revista Estudios Socio-Jurídicos,* v. 7, n. 1, p. 23-74, jan./jun., 2005.

PUIG, Manuel Rebollo; CARRASCO, Manuel Izquierdo; SOTOMAYOR, Lucía Alarcón; ARMIJO, Antonio Mª. Bueno. Country Analysis – Spain. In: JANSEN, Oswald (Ed.). *Administrative Sanctions in the European Law*. Cambridge: Intersentia, 2013. p. 515-552.

QUINZACARA, Eduardo Cordero. El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. *Revista de Derecho*, v. 25, n. 2, p. 131-157, dez., 2012.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 3, 1, p. 89-119, 2017.

RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality.* Oxford University Press, 2009.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como "caixa de ferramentas"*: uma nova abordagem da ação pública, São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. In: FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 61-82.

ROMA, Rodrigo da Silva. *Sociedade de risco e bens jurídicos-penais transindividuais: argumentos favoráveis à legitimação no contexto social complexo.* Dissertação - (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

ROMAN CORDERO, Cristián. El derecho administrativo sancionador en Chile. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, ano 8, n. 16, p. 89-101, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. fundamientos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid. Civitas: 1997.

_____. *Problemas fundamentais do direito penal*. Lisboa: Veja, 1998.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 206, p. 165-203, abr./jun. 2015.

SANCHIS, Luis Prieto. La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas em el Estado de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 2, n. 4, Janeiro-Abril, p. 99-122, 1982.

SANTOS, Eduardo Sens dos. Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade nas infrações administrativas. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA,* Belo Horizonte, ano 4, n. 42, p. 4.240-4.257, ago., 2004. Disponível em: <https://goo.gl/ZXmbsV>. Acesso em: 09 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade*: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. [S.l.: s.n., 20--]. Disponível em: <https://goo.gl/UbWMiv>. Acesso em: 25 set. 2017.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHOLZ, John T. Cooperation, deterrence, and the ecology of regulatory enforcement. *Law and Society Review*, v. 18, n. 2, p. 179-224, 1984.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Bruno Boquimpani. *A autorregulação: delineamento de um modelo policêntrico de regulação jurídica.* Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE,* Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011.

SUNSTEIN, Cass R. *After the Rights Revolution*: reconceiving the regulatory state, Harvard University Press, 1993.

_____. Nondelegation Canons, John M. Olin Program. *Law and Economics Working Paper*, n. 82, 1999. Disponível em: <https://goo.gl/uxzYUJ>. Acesso em: 10 out 2017.

_____. *Laws of fear*: beyond the precautionary principle. New York: Cambridge University Press, 2005.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H., *Nudge*: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. U Chicago Law & Economics, *Olin Working Paper* n. 156, p. 1-55. Disponível em: <https://goo.gl/ZPt8DY>, Acesso em: 15 jul. 2017.

TITIUN, Matías Guiloff; DELGADO, Pablo Soto. Sanciones administrativas, discrecionalid y revisión judicial: uma mirada desde la regulación responsiva. In: BÓRQUEZ, Juan Carlos Ferrada; SOTO, Jorge Bermúdez; RODRÍGUEZ, Francisco Pinilla (Coord.). *La nueva justicia ambiental*, Santiago: Thompson Reuters, 2015. p. 101-124.

TOLLISON, Robert D. *Politics as public choice*. The collected works of James M. Buchanan, v. 13, Liberty Fund, Inc., 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. A segurança jurídica e as limitações constitucionais ao poder de tributar. *Revista Eletrônica de Direito do Estado* (REDE), Salvador, n. 4, 2005. Disponível em: <https://goo.gl/fdXsyD>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 467-520.

TRANFORM. Getting drugs under control. *The success of Portugal's decriminalisation policy – in seven charts.* [S.l.: s.n.], 2014. Disponível em: <https://goo.gl/A4Dcg6>. Acesso em: 04 jun. 2017.

TRAVASSOS, Marcelo Zenni. *A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana*: autonomia privada, igualdade e autonomia pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel Kahneman. Prospect Theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-292, mar., 1979.

UK Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008. [S.l.: s.n., 20--]. Disponível em: <https://goo.gl/f3ZjR>. Acesso em: 21 out. 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da PUC-RS, Porto Alegre, 2014.

VELOSO, José António. Boas intenções, maus resultados: notas soltas sobre investigação e processo na supervisão financeira. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, p. 73-102, 2000.

VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, v. 122, p. 1095-1149, 2009.

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

VORONOFF, Alice; CYRINO, André R.; BINENBOJM, Gustavo; KOATZ, Rafael. Controle judicial de atos administrativos deve abrir portas para diálogo. São Paulo: *Revista Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://goo.gl/JNaWVd>. Acesso em: 26 maio 2017.

VORONOFF, Alice. CYRINO, André. KOATZ, Rafael. A ANVISA e a Constituição. *Jota*, 2017. Disponível em: <https://goo.gl/t8Hdp1>. Acesso em: 28 out. 2017.

WELZEL, Hans. *La teoría de la acción finalista*. Tradução de Eduardo Friker, Buenos Aires: Depalma, 1951.

WIENER, Jonathan B. The regulation of technology, and the technology of regulation. *Technology in Society*, v. 26, p. 483-500, 2004. Disponível em: <https://goo.gl/DVHWfy>. Acesso em: 16 dez. 2016.

WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H., Behavioral Law and Economics: its origins, fatal flaws, and implications for liberty. *Northwestern University Law Review*, v. 106, n. 3, p. 1.033-1.090, 2012. Disponível em: <https://goo.gl/S8eT51>. Acesso em: 01 jun. 2017.

YEUNG, Karen. Quantifying Regulatory Penalties: australian competition law penalties in perspective, *Melbourne University Law Review*, v. 23, n. 2, p. 440-475, 1999. Disponível em: <https://goo.gl/BFgHg1>. Acesso em: 07 jun. 2017.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais*: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

YOKAICHIYA, Cristina Emy. *A finalidade da pena nos crimes contra o meio ambiente.* Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

Decisões judiciais

STF, ADI nº 1.823 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em: 30/04/1998, publicação em: 16/10/1998.

STF, ADI nº 2.305-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em: 30/06/2011, publicação em: 04/08/2011.

STF, ADI nº 2.867-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em: 03/12/2003, publicação em: 09/02/2007.

STF, *Habeas Corpus* nº 126.292, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em: 17/02/2016, publicação em: 17/05/2016.

STF, Recurso Extraordinário nº 254.818, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em: 08/11/2000, publicação em: 19/12/2002.

STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 761.191-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgamento em: 12/05/2009, publicação em: 27/5/2009.

STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.560.441-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgamento em: 14/06/2016, publicação em: 12/09/2016.

STJ, Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 20.254-SP, Sexta Turma Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada), julgamento em: 15/08/2013, publicação em: 27/08/2013.

STJ, AgRg no AgRg no AREsp nº 509.391-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgamento em: 02/09/2014, publicação em: 08/09/2014.

STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 441.573-SP, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Eliana Calmon, julgamento em: 23/08/2006, publicação em: 12/03/2007.

STJ, Recurso Especial nº 19.560-RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgamento em: 15/09/1993, publicação em: 18/10/1993.

STJ, Recurso Especial nº 39.555-PE, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgamento em: 21/02/1994, publicação em: 28/03/1994.

STJ, Recurso Especial nº 324.181-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgamento em: 08/04/2003, publicação em: 12/05/2003.

STJ, Recurso Especial nº 438.132-RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgamento em: 09/12/2003, publicação em: 15/03/2004.

STJ, Recurso Especial nº 1.050.381-PA, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgamento em: 16/14/2008, publicação em: 26/02/2009.

STJ, Recurso Especial nº 1.102.578-MG, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, julgamento em: 14/10/2009, publicação em: 29/10/2009.

STJ, Recurso Especial nº 1.153.083-MT, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgamento em: 06/11/2014, publicação em: 19/11/2014.

STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 19.510-GO, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento em: 20/06/2006, publicação em: 03/08/2006.

STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.559-PR, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento em: 03/12/2009, publicação em: 01/02/2010.

TRF – 1ª Região, Apelação Cível nº 00297568920004010000, Oitava Turma, Rel. Des. Maria do Carmo Cardoso, julgamento em: 14/12/2007, publicação em: 11/04/2008.

TRF – 2ª Região, Apelação Cível nº 0050123-42.2014.4.02.5101, Terceira Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgamento em: 20/09/2017, publicação em: 28/09/2017.

TRF – 5ª Região, Apelação Cível nº 200881000113512, Segunda Turma Especializada, Rel. Des. José Eduardo de Melo Vilar Filho, julgamento em: 05/02/2013, publicação em: 14/02/2013.

Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença Constitucional nº 4/1980, Sala Primera, Recurso de Amparo nº 101/1980, de 19 de setembro de 1980.

Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença Constitucional nº 219/1989, Sala Primeira, Recurso de Amparo nº 1.440/1987, de 22 de janeiro de 1990. Disponível em: <https://goo.gl/uZyLvm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

Corte Suprema do Chile, Causa nº 479/2011 (Casación). Resolución nº 104625 de Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta) de 28 de Diciembre de 2012.

Corte Suprema do Chile, Caso Mackenna ou “Fisco de Chile con Dörr Zegers, Maria Teresa y otros”, Causa nº 1079/2014 (Otros). Resolución nº 239440 de Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional) de 30 de Octubre de 2014. Disponível em: <https://goo.gl/LM3E3w>. Acesso em: 19/07/2017.

Tribunal Ambiental do Chile, Rol R-6-2013, de 03 de março de 2014. Disponível em: <https://goo.gl/VPWG7G> Acesso em: 11 nov. 2017.

Tribunal Ambiental do Chile, Rol R-6-2014, de 27 de março de 2015. Disponível em: <https://goo.gl/nWq8SW>. Acesso em: 22 abr. 2017.