

Direito Administrativo Sancionador dos nossos tempos: a experiência responsiva da ANAC

Rafael Vêras

Coordenador da Coluna Direito da Infraestrutura da Editora
Fórum. Doutor e Mestre em Direito da Regulação pela FGV
Direito Rio

Em 08 de maio deste ano, tive a oportunidade de ministrar uma palestra sobre a experiência da ANAC na aplicação da Regulação Responsiva, no Seminário Direito Administrativo Sancionador dos nossos tempos, realizado na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Na ocasião, ocorreu o lançamento do livro “Da Sanção à Regulação”, de Alice Voronoff (uma das maiores autoridades no tema, no direito brasileiro). Eis o tema da minha coluna do mês de junho, que retrata, com alguns acréscimos e novas reflexões, a minha palestra proferida em tal evento.

Pois bem. Tenho para mim que o “direito administrativo sancionador dos nossos tempos”, na verdade, retrata as mudanças por que passa o “direito administrativo dos nossos tempos”. É dizer, as arquiteturas sancionatórias lastreadas em incentivos, que enredam uma benfeitoria revisão do regime jurídico do exercício do poder extroverso estatal, são resultado dos influxos pragmáticos que acometeram de questionamentos as bases axiológicas da doutrina jusadministrativista de outrora.

O primeiro questionamento diz com a existência de um regime jurídico administrativo, que ostentaria as notas características da unicidade e de ser prenhe de prerrogativas publicísticas. Tal concepção não resistiu aos influxos democráticos, trazidos pela Constituição de 1998, nem à concepção segundo qual os múltiplos interesses públicos enredados, nas demandas concretas, interditarão a utilização do princípio da supremacia do interesse público sobre privado como parâmetro apriorístico de interpretação do direito administrativo¹.

Mais que isso, a unidade do regime administrativo, a partir de reformas legislativas, como um antídoto à “Maldição do Regime Jurídico Único”, a que se refere Floriano de Azevedo Marques Neto², passou a dar lugar a múltiplos, fragmentados e distintos regimes jurídicos administrativos.

¹ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e interesses públicos. São Paulo: Malheiros, 2002.

² MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. Boletim de Licitações e Contratos, Curitiba, v. 64, p. 726-732, 2010.

Assim, por exemplo, cite-se a miríade de módulos contratuais de que a Administração Pública é parte (*v.g.* concessões, PPPs, autorizações vinculadas, concessão de uso de bem associada à exploração de potencial hidráulico); a derrubada do regime jurídico único para a contratação customizada da força de trabalho pública, a ser instrumentalizada, pelo regime estatutário ou celetista – na esteira do que restou decidido, na ADI nº 2135/DF; e, não menos relevante, para os fins do presente ensaio, as modulações ao poder de punir estatal.

Estas, de todo relevante à presente investida, restaram principiadas, pela Lei Geral de Telecomunicações, que, orientada por Carlos Ari Sundfeld³, desafiou a doutrina consolidada sobre as autorizações (que teriam de ser, sempre, discricionárias e precárias), ao criar as *autorizações vinculadas*, então servientes à abertura de um mercado monopolizado, por intermédio da instituição de uma assimetria regulatória (entre concessionários do Serviço de Telefonia Fixo Comutado e os autorizatários), que predicaria uma estabilidade mais saliente aos investimentos que seriam realizados pelos novos entrantes. Os argumentos de inconstitucionalidade, por “violação à doutrina”, não prosperaram. Tal normativo revolucionou, ainda, a concepção de reserva de legalidade estrita, que permeava o imaginário do direito administrativo sancionador, delegalizando o tema à regulação, a partir dos *standards* fixados na Lei-Quadro (Lei nº 9.472/1997). O como punir, a partir de então, seria matéria a ser densificada tecnicamente pela regulação.

O advento e a consolidação da função reguladora estatal, na qualidade de uma função equidistante e equilibradora dos distintos interesses enredados em um subsistema econômico, autorreferencial e reflexiva⁴, passa repaginar a função da sanção na regulação. Se, antes, o poder extroverso era forjado ao interno do poder público, servindo a tutelar direitos difusos (lastreados nos conceitos jurídicos indeterminados da ordem, segurança e saúde pública), a sanção reguladora, permeada que é pela processualização participativa dos agentes que colherão os seus efeitos, passa ser manejada como um dos possíveis instrumentos para tutelar pautas regulatórias.

Por fim, mas não menos importante, é de se destacar a Lei nº 13.655/2018 (LINDB), que introduziu relevantes alterações no direito administrativo sancionador brasileiro. O art. 20, ao trazer as consequências ao centro do debate de aplicação do direito público, proscree a aplicação de sanções dissociadas de seus efeitos sistêmicos; o art. 22, *caput*, traz o dever de empatia para com gestor público, sugerindo que o controlador vista os seus sapatos; o art. 22, §2º, nos relembra a importância de aplicar o princípio da proporcionalidade sancionadora; o art. 22, §3º, busca reduzir os efeitos

³ SUNDFELD, Carlos Ari. “Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações”, Revista de Direito de Informática e Telecomunicações, v. 2, p. 55-84, 2007; e Direito Administrativo Econômico, Carlos Ari Sundfeld (Org.). SP: Malheiros, 2000

⁴ GUERRA, Sérgio. Discricionariedade, Regulação E Reflexividade. 7.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

práticos do inevitável *bis in idem*, caudatário da independência das instâncias; o art. 28 alvitra resguardar o administrador de boa-fé, fomentando práticas experimentais de gestão pública⁵.

Na doutrina, as obras de Juliana Palma e Alice Voronoff, cada qual a seu tempo e modo, colaboraram para o atual estado de coisas do direito administrativo sancionador dos nossos tempos. *Sanção e Acordo da Administração Pública*⁶, da primeira, publicada em 2015, nos desvelaram aspectos, à época, muito novidadeiros a propósito do regime jurídico sancionador, dentre os quais os de que: (i) a sanção, desde sua concepção atrelada ao regime jurídico administrativo, ostenta natureza instrumental ao atendimento do interesse público; (ii) a possibilidade de se transigir aspectos relacionados ao exercício do poder extroverso; (iii) o manejo do consenso, em sede de processos administrativos sancionadores, produz salientes externalidades positivas.

*Direito Administrativo Sancionador Brasileiro*⁷, de autoria da segunda, publicada em 2018, nos convidou a refletir a propósito: (i) da diferenciação entre os regimes jurídicos da sanção penal e da sanção administrativa; enquanto aquela, de um lado, visa a reconstituir a ordem jurídica violada (tendo um viés *backward-looking*), esta, por outro, tem por desiderato equilibrar os interesses, potencialmente, antagônicos em setores regulados (motivo pelo qual devem ser prospectivas, mirando uma diretriz *forward-looking*); (ii) do fato de que a sanção é um dos instrumentos de que dispõe o regulador para implementar as pautas regulatórias, motivo pelo qual não é único tampouco o melhor; (iii) da necessidade de o regime jurídico do direito sancionador brasileiro ser permeado pela Regulação Responsiva, assim considerada como um arquitetura regulatória, forte da Teoria dos Jogos, lastreada em um escalada punitiva, a ser deflagrada, pelo regulador, a depender do comportamento do regulado, do seu histórico no cumprimento da regulação e das consequências da infração.

Seguiu daí que a regulação por incentivos, trespassada da doutrina estrangeira, passou a dar o tom das reformas dos sistemas sancionadores de agências reguladoras; todas decorrentes de aprimoramentos e de complementos à Regulação Responsiva⁸.

A Regulação Responsiva, sabemos, busca o equilíbrio entre a ideia de que o agente regulado só cumprirá a norma quando for dissuadido, por meio de prescrições punitivas clássicas de comando e controle e a ideia de que a persuasão seria suficiente para garantir a conformidade regulatória⁹. Tal teoria assume, ainda, como premissa, que punir é mais caro do que persuadir. É que a regulação

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários À Lei N° 13.655/2018. 1.ED. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na administração pública. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁷ VORONOFF, Alice. Direito Administrativo sancionador no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018

⁸ Ver. FREITAS, Rafael Vêras de. TUROLLA, Frederico. JUNIOR, José Egídio Altoé Junior. Direito E Economia Da Infraestrutura. 1.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2025.

⁹ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Responsive regulation: transcending the deregulation debate. New York: Oxford University Press, 1992.

baseada apenas em medidas punitivistas desperdiça recursos em litígios, os quais poderiam ser melhor empregados no estabelecimento de métodos cooperativos.

Além disso, o modelo punitivista criaria uma subcultura de resistência, na qual o agente regulado exploraria as lacunas da regulação e a agência reguladora seria levada a responder mediante a edição de regras ainda mais específicas, gerando problemas de coerência sistêmica (um esquema de especialização punitivo). Duas de tais estratégias ganharam intensa repercussão, dado o potencial concreto de sua aplicação: (i) a estratégia *tit-for-tat*, na qual os reguladores se valem, em primeiro lugar, de instrumentos persuasivos, adotando-se instrumentos punitivos, caso os regulados se mantenham recalcitrantes em cumprir as normas regulatórias; e (ii) o modelo de pirâmides sancionatória e regulatória, pautado na combinação dinâmica de recompensas, alívios e castigos, com vista a um grau maior de conformidade à regulação.

Outra corrente teórica caudatária da regulação responsiva é a *smart regulation*, proposta por Neil Gunningham, Peter Grabosky e Darren Sinclair¹⁰. Os teóricos da *smart regulation* argumentam que a pirâmide de Ayres e Braithwaite preocupa-se, apenas, com a interação entre duas partes: o Estado e as firmas reguladas. Em sua visão, a teoria deveria ser expandida, tendo em vista que a regulação também pode ser realizada por entidades “quase-reguladoras” (*quase-regulators*), tais como grupos de interesse, entidades de classe e associações.

Por fim, é digna de nota a arquitetura do Diamante Regulatório¹¹ segundo a qual o potencial responsivo seria mais bem explorado, por reguladores, mediante a agregação de técnicas regulatórias de *beyond compliance*, as quais buscam o atingimento de patamares superiores àqueles que as normas estabelecem. Um dos principais méritos dessa corrente teórica responsiva é explicitar o fato de que a atividade regulatória existe em dois níveis interdependentes: (i) a regulação punitiva ou persuasiva, que institui mecanismos para garantir o cumprimento da norma; e (ii) a regulação aspiracional, correspondente às técnicas empregadas para encorajar os regulados a atingir padrões superiores ao mínimo estabelecido pela norma.

Forte nessa miríade de inovações legislativas e doutrinárias, a ANAC, em 2020, instituiu o Projeto Prioritário Regulação Responsiva, o qual teve por objetivo possibilitar o aprimoramento de seu regime sancionador, então consubstanciado na Resolução nº 472/2018, em especial com base nos conceitos e nas estratégias presentes na Teoria da Regulação Responsiva.

No âmbito de tal procedimento, constatou-se as seguintes vicissitudes em seu procedimento administrativo sancionador: alto volume de processos sancionadores; pouca discricionariedade frente

¹⁰ GUNNINGHAM, Neil; GRABOSKY, Peter; SINCLAIR, Darren. *Smart Regulation: design environmental policy*. Canberra: Clarendon Press, 1998.

¹¹ KOLIEB, Jonathan. When to Punish, When to Persuade, When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond. *Monash University Law Review*, [s. l.], v. 41, n. 1, p. 136-162, 2015.

à diversidade de regulados; a percepção de baixa efetividade da aplicação de sanções no comportamento dos regulados; a realidade que as sanções não atacam a causa raiz das infrações; o fato de o modelo de dosimetria carecer de proporcionalidade e razoabilidade; o alto custo administrativo do processo sancionador; a insegurança dos julgadores em tomar decisões mais razoáveis; a característica de que a sua fiscalização tem características reativa (foco na conformidade das regras, sem visão dos resultados a serem alcançados).

Diante do que se buscou trazer conceito de *cultura justa* para tal reforma setorial. Tal conceito, de acordo com *NLR Air Transport Safety Institute*, se configura “como sendo a atmosfera de confiança no qual as pessoas são encorajadas, e até mesmo premiadas, por fornecerem informações essenciais relacionadas à segurança, mas na qual também é clara a linha desenhada entre o comportamento aceitável e não aceitável”. Para além disso, procurou-se trazer a experiência da *Federal Aviation Administration* – FAA, autoridade estadunidense de aviação, que, em 2015, lançou um programa chamado *Compliance Philosophy*, posteriormente renomeado para *Compliance Program*. Tal programa se baseou em ações colaborativas entre regulado e regulador na abordagem de soluções de problemas de descumprimento normativo identificados, baseado na confiança mútua e em uma comunicação transparente e cooperativa¹².

A partir de tal diagnóstico, tal programa resultou na edição da Resolução nº 761/2024, que dispõe sobre os incentivos e as providências voltados à promoção da conformidade regulatória e estabelece o rito do processo administrativo sancionador no âmbito da ANAC. Algumas alterações responsivas me parecem dignas de nota.

A primeira teve lugar com a inclusão da penalidade de advertência, que serve para fortalecer a relação de confiança entre o regulador e o regulado, bem como reduzir os custos de transação despendidos na instauração de processos administrativos sancionadores.

A segunda diz com inversão no ônus de instauração do procedimento administrativo sancionador; ao invés de se tratar de um poder-dever primacial, o regulador deverá considerar, dentre os fatores, antes de deflagar tal procedimento, o perfil do regulado, incluindo seu histórico de conformidade e colaboração, os indicadores observados no monitoramento contínuo, os resultados esperados e as consequências práticas da regulação. Previu-se, ainda, o instituto do Retorno à Conformidade, medida de natureza não sancionatória, consoante a qual a ANAC poderá estabelecer prazo e condições para correção de não conformidade constatada ou conceder prazo para que o regulado submeta um plano de correção para tal desconformidade, ao seu escrutínio.

Alargando a discricionariedade e o cardápio de sanções consequencialistas, a serem manejadas pela agência, institui-se as “obrigações de fazer” e de “não fazer”. Aquelas se constituem

¹² Nota Técnica nº 1/2024/PPRR/GT-ESPRO/GAPI/SGM.

como uma sanção de caráter alternativo e substitutivo, no todo ou em parte, à sanção de multa aplicada, em que o interessado se sujeita ao cumprimento de obrigação diversa das já previstas em lei, regulamento, contrato ou compromisso, em benefício do sistema de aviação civil. Estas, por sua vez, se configuram como uma sanção de caráter alternativo e substitutivo, no todo ou em parte, à sanção de multa aplicada, em que o interessado se sujeita a obrigação de deixar de praticar conduta que seria permitida com base em certificados, licenças, autorizações ou habilitações de que dispõe.

A partir de tais alterações normativas, é possível se concluir que teremos o surgimento, na ANAC, do arquétipo de um regulador responsivo? Não necessariamente. Com bem nos alerta Alice Voronoff¹³, em sua obra recentemente lançada, determinada arquitetura responsiva poderá ter aparatos teóricos (v.g. mix de estratégias, orientação pelo contexto, dinâmica escalar e desescalar) e ferramentas (v.g. de alerta, informação, gradação da resposta estatal), mas isso não significa dizer que o regulador tenha se tornado responsivo, o que dependerá do *modus operandi* de aplicação de tal instrumental.

Estou de pleno acordo com a doutrinadora. Mais que isso, tenho para mim que, para além da alteração normativa do regime sancionador, o surgimento do arquétipo de um regulador responsivo pressupõe: (i) a alteração da *cultura regulatória*, de tal sorte que seja introjetado no regulador o entendimento segundo o qual punir não atende à função equilibradora de uma entidade reguladora; ao contrário, o excesso de punição nos dá conta de que a regulação malfadou; a punição é um sintoma de desequilíbrio sistêmico (ii) o prosseguimento da tutela dos apagão das canetas, que foi bem endereçada pela LINDB, mas que precisa ganhar eco nos órgãos de controle; o risco CPF é um obstáculo à criação de um regulador responsivo; afinal, quem adotará novidadeiras práticas de gestão pública experimental correndo o risco de ser punido por um crime de hermenêutica? (iii) a capacitação do corpo técnico da agência para dar conta do manejo deste novo instrumental; se possível, a partir de trocas de experiência com reguladores internacionais; (iv) a instituição de uma espécie de *Sunshine Regulation* entre os reguladores que demonstrarem, na prática, a implementação de uma cultura regulatória responsiva, o que pode gerar um *ranking* de reguladores responsivos vinculado ao repasse de recursos do tesouro, a serem investidos na melhora de sua capacidade institucional.

São algumas sugestões. Mas o caminho, para o direito sancionador dos novos tempos, já está traçado. Alvissaras que ela venha ser bem percorrido.

¹³ VORONOFF, Alice. Da Sanção à regulação: fiscalização responsiva e uma proposta de sistematização. Rio de Janeiro: CEEJ, 2025.