

VOLUME 03
DIREITO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR REGULATÓRIO

3

COLEÇÃO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

DIREITO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR REGULATÓRIO

VOLUME 03

DIREITO
ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR
REGULATÓRIO

COORDENADORES

Alice Voronoff
Juliana Bonacorsi de Palma
Renato Toledo

DIRETORES

José Roberto Pimenta Oliveira
Alice Voronoff
Francisco Zardo

AUTORES

Alice Voronoff - André Cyrino - André Ribeiro Tosta - André Saddy
Anna Cíntia Rocha Ximenes de Mendonça - Carlos Ari Sundfeld - Dinorá Adelaide Musetti Grotti
Diogo Alves Verri Garcia Souza - Flavine Meghy Metne Mendes
Floriano de Azevedo Marques Neto
Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves Jacintho Arruda Câmara - João Pedro de Araújo Pereira
José Roberto Pimenta Oliveira - Juliana Bonacorsi de Palma
Juliana Moitas Nogueira de Menezes - Karina Houat Harb - Ketlyn Gonçalves Fernandes
Laís Ribeiro de Senna - Letícia Lins Alencar - Letícia Queiroz de Andrade - Mário Saadi
Paulo Vinícius Liebl Fernandes - Rebecca Féo de Oliveira - Renato Toledo
Roberto Tadao Magami Júnior - Rodrigo Garrido Dias - Thaís Ramos Estrella Branco
Valter Shuenquener Araújo - Victor Carvalho Pessoa de Barros e Silva
Vinícius dos Santos Silva - Vladimir da Rocha França

Alice Voronoff

Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Diretora Acadêmica do IDASAN.

Juliana Bonacorsi de Palma

Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Master of Laws (L.L.M.) pela Yale Law School. Visiting Scholar pela Washington College of Law - American University. Professora da FGV Direito SP. Coordenadora do Grupo Público da FGV e colaboradora da Escola de Formação Pública. Pesquisadora e consultora. Membro do IDASAN.

Renato Toledo

Doutorando em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Assistente acadêmico na FGV Direito Rio. Membro-fundador do Laboratório de Regulação Econômica da UERJ (UERJ Reg.). Membro da Comissão Especial de Licitações e Contratos Administrativos da OAB/RJ. Advogado no escritório Gustavo Binbojm & Associados. Membro do IDASAN.

“O Direito Administrativo Sancionador sempre teve profundo relacionamento com a regulação. A ameaça da sanção é tida como o principal mecanismo para garantia do cumprimento das normas regulatórias e dos contratos, fundamental para que relevantes finalidades públicas setoriais sejam alcançadas, como a universalização de serviços públicos, mais efetiva fiscalização de atividades privadas e melhor qualidade das atividades com a incorporação de novas tecnologias.

Muito embora a lógica do comando e controle esteja no âmago das dinâmicas regulatórias, desenvolve-se um cenário de transformação que marca uma nova fase da regulação no Brasil, o que alcança o Direito Administrativo Sancionador Regulatório. (...) Esta obra, dividida em três grandes partes (“Parte Geral”; “Experiências práticas de sanções e acordos em regulação”; e “Direito administrativo sancionador, regulação e contratos administrativos”), reflete os principais debates sobre Direito Administrativo Sancionadorhoje em curso na teoria da regulação e nos setores regulados. (...)



O Direito Administrativo Sancionador vem, progressivamente, assumindo relevância dogmática no campo do Direito Público, na busca de maior conformidade de condutas e adequada proteção de bens jurídicos, atribuída aos sistemas sancionadores que estão ao seu abrigo. Firma-se a sua identidade no contexto do Direito Sancionador em Geral, em especial, frente ao Direito Penal, o que implica inúmeros desafios na sua interpretação e aplicação, nos quadrantes do Estado Democrático de Direito. Muitas das transformações devem-se ao segmento do Direito Administrativo Sancionador Regulatório, que abrange a atividade sancionadora de agências reguladoras e outros órgãos ou entidades do Estado. O desenvolvimento da regulação, após a década de 1990, responde pelo crescimento da importância dos regimes sancionadores neste terreno dinâmico, que buscam maior conformidade no cumprimento das normas regulatórias. Consensualidade, responsividade, programas ou modelos sancionadores eficientes, governança, lógica da persuasão e do incentivo à conformidade, processualidade, proporcionalidade, etc.são temáticas que estão na pauta da agenda das competências regulatórias sancionadoras.

COLEÇÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

VOLUME 03

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR REGULATÓRIO

COORDENADORES

Alice Voronoff
Juliana Bonacorsi de Palma
Renato Toledo

DIRETORES

José Roberto Pimenta Oliveira
Alice Voronoff
Francisco Zardo

AUTORES

Alice Voronoff - André Cyrino - André Ribeiro Tosta - André Saddy
Anna Cíntia Rocha Ximenes de Mendonça - Carlos Ari Sundfeld - Dinorá Adelaide Musetti Grotti
Diogo Alves Verri Garcia Souza - Flavine Meghy Metne Mendes
Floriano de Azevedo Marques Neto
Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves Jacintho Arruda Câmara - João Pedro de Araújo Pereira
José Roberto Pimenta Oliveira - Juliana Bonacorsi de Palma
Juliana Moitas Nogueira de Menezes - Karina Houat Harb - Ketlyn Gonçalves Fernandes
Laís Ribeiro de Senna - Letícia Lins Alencar - Letícia Queiroz de Andrade - Mário Saadi
Paulo Vinícius Liebl Fernandes - Rebecca Féo de Oliveira - Renato Toledo
Roberto Tadao Magami Júnior - Rodrigo Garrido Dias - Thaís Ramos Estrella Branco
Valter Shuenquener Araújo - Victor Carvalho Pessoa de Barros e Silva
Vinícius dos Santos Silva - Vladimir da Rocha França

SUMÁRIO

BREVE APRESENTAÇÃO DOS COORDENADORES E DOS AUTORES	5
APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	21
APRESENTAÇÃO DA OBRA	25
 PARTE I - DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E REGULAÇÃO	35
 O PAPEL DO REGULAMENTO NO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA SANCIONATÓRIA	37
<i>Carlos Ari Sundfeld</i>	
<i>Jacintho Arruda Câmara</i>	
1. O dever regulamentar para aplicação de sanções.....	37
2. Os acordos substitutivos e o papel do regulamento	40
Referências	48
 AUTORREGULAÇÃO NAS EMPRESAS ESTATAIS FEDERAIS: PREVISÕES E PUNIÇÕES	51
<i>André Saddy</i>	
<i>Ketlyn Gonçalves Fernandes</i>	
Introdução	51
1. Atividade administrativa regulatória.....	53
2. Autorregulação	56
3. Autorregulação pública/estatal realizada por empresas estatais federais	59
4. Sanções previstas nos códigos de autorregulação das empresas estatais federais	74
Conclusões	93
Referências	95
 COMPETÊNCIAS NORMATIVAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS EM MATÉRIA DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	97
<i>Vladimir da Rocha França</i>	
Introdução	97

1. A competência normativa das agências reguladoras.....	100
2. A competência sancionatória das agências reguladoras.	107
3. Garantias fundamentais dos administrados perante os regulamentos sancionadores das agências reguladoras.....	109
Considerações Finais.....	111
Referências	112

O CONCEITO DE REGULAÇÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS PRÁTICOS

Flavine Meghy Metne Mendes

Introdução	117
1. Um panorama contemporâneo da literatura sobre regulação.....	122
Considerações finais	135
Referências	137

SANÇÃO, ATUAÇÃO ESTATAL E CULPABILIDADE: UMA PERSPECTIVA SOBRE DOLO, CULPA E MEDIDA NAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS.....

Diogo Alves Verri Garcia de Souza

Considerações Iniciais.....	141
1. Culpabilidade e responsabilidade: a reprovação por desconformidade normativa	143
2. O significado de culpabilidade penal e o seu transporte para a culpabilidade administrativa	154
3. As funções ou sentidos da culpabilidade em Direito Administrativo e a objetivação da responsabilidade.....	163
3.1. As conformações em estruturas exíguas e a proteção ampla pelo sistema jurídico	171
3.2. Culpabilidade administrativa como quantum, pressuposto e elemento analítico: a experimentação na Lei.	175
3.3. Infrações objetivas: uma tentativa de localizar o cerne do debate.	182
4. O risco da transposição irrefletida de elementos penais para a culpabilidade administrativa	185
Considerações Finais.....	189
Referências	192

**DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
REGULATÓRIO NO BRASIL BREVE PANORAMA E SEUS
DESAFIOS..... 197**

José Roberto Pimenta Oliveira
Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Introdução	197
1. Regulação	201
2. Regulação e potestades administrativas sancionadoras.	208
3. Lei Geral de Agências Reguladoras Federais e DAS Regulatório.	224
Conclusões	235
Referências	236

**DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UM OLHAR
PRAGMÁTICO A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO..... 243**

Alice Voronoff

1. Direito administrativo sancionador no Brasil: expansão acelerada e os desafios que se colocam.....	243
2. Análise econômica do direito, pragmatismo e direito administrativo sancionador.	249
3. Um olhar para o direito administrativo sancionador a partir das contribuições da Escola de Chicago.....	254
3.1. A importância da lógica de incentivos econômicos. Afinal, o que move o administrado?	254
3.2. O exercício da competência sancionatória à luz das contribuições da Escola de Chicago: algumas reflexões.	258
4. Um olhar para o direito administrativo sancionador a partir das contribuições da Escola de Virgínia.....	262
4.1. A teoria da escolha pública. Afinal, o que move o agente público?	262
4.2 Public choice e o exercício do poder punitivo pela Administração: algumas reflexões.	268
Considerações Finais.....	270
Referências	275

**AS NULIDADES NO DIREITO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR: UM PANORAMA DO PROCESSO**

ADMINISTRATIVO NAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS..... 279

Karina Houat Harb

Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves

1. Considerações Introdutórias.....	279
2. Apontamentos gerais sobre a teoria das nulidades no direito administrativo sancionador.	281
3. O processo administrativo sancionador nas agências reguladoras federais e as formas de tratamento das nulidades.	295
4. Levantamento das decisões do Poder Judiciário sobre as nulidades na atividade sancionatórias das agências reguladoras federais.	302
Considerações Finais.....	305
Referências	307

EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS DE SANÇÕES E ACORDOS EM REGULAÇÃO..... 309

CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA NA REGULAÇÃO:311

Juliana Bonacorsi de Palma

Florianio de Azevedo Marques Neto

Introdução: uma nova fase para a consensualidade administrativa no Brasil	311
1. A Resolução ANATEL n.º 629/2013.....	315
1.1. Construção da consensualidade no âmbito da ANATEL.....	315
1.2. O TAC no âmbito da ANATEL: principais características e regime jurídico	321
2. Em busca da celebração do primeiro acordo substitutivo no setor de telecomunicações	332
3. O TAC da TIM.....	334
Considerações Finais.....	344
Referências	345

A LEI DE AGÊNCIAS REGULADORAS E SUAS PERSPECTIVAS AO PROCESSO SANCIONADOR..... 347

Leticia Lins de Alencar

Mário Saadi

Introdução	347
------------------	-----

1. 1º Eixo – Processo de elaboração ou revisão de atos normativos	349
2. 2º Eixo – Incentivo para a realização de acordos administrativos substitutivos de sanção.....	353
3. 3º Eixo - Fixação de parâmetros a serem observados em suas decisões administrativas.....	358
4. 4º Eixo - Incentivo à cooperação e interação entre a agência e outros órgãos e entidades	362
Considerações Finais.....	365
Referências.....	366

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

SANCIONADOR:	369
--------------------	-----

João Pedro de Araújo Pereira

Vinícius Dos Santos Silva

Valter Shuenquener de Araújo

Introdução	369
1. As principais escolas econômicas clássicas	371
1.1 Escola Liberal Clássica	371
1.2. Escola Marxista.....	373
1.3. Escola Keynesiana	375
1.4. Escola Liberal de Chicago	377
2. Interseção entre Economia e Direito: Análise Econômica do Direito	379
2.1. Richard Posner	379
2.2. Guido Calabresi.....	382
2.3. Richard Thaler e Cass Sunstein e a Economia Comportamental do Nudge	384
3. A Análise Econômica do Direito Administrativo Sancionador em uma perspectiva empírica.....	387
3.1. Breves justificativas metodológicas e apresentação dos parâmetros para análise	387
3.2. Exposição e análise dos dados da pesquisa.....	388
Conclusão.....	391
Referências.....	393

O EMPREGO DE SANÇÕES PREMIAIS NA REGULAÇÃO URBANÍSTICA.....

395

Paulo Vinicius Liebl Fernandes

Introdução	395
1. Função promocional do direito, técnicas de encorajamento e sanções premiais	397
2. A formação do direito urbanístico e a sua constituição inicial como um regime jurídico protetivo-repressivo	404
3. As mudanças promovidas pelo Estatuto da Cidade no regime jurídico-urbanístico brasileiro e os seus reflexos na regulação urbanística	409
4. Hipóteses de constituição de sanções premiais na regulação urbanística	413
Conclusão	421
Referências	423

PANORAMA SOBRE A APLICAÇÃO DE PENALIDADES ADMINISTRATIVAS EM PROCESSOS SANCIONADORES NO MERCADO DE CAPITAIS

Rodrigo Garrido Dias

Introdução	425
1. Metodologia utilizada na coleta dos dados	426
2. Processos Julgados pelo Colegiado da CVM.....	431
3. Processos Julgados pelo CRSFN	441
Considerações finais	447
Referências	448

SANÇÃO PECUNIÁRIA AMBIENTAL: UM OLHAR PRAGMÁTICO A PARTIR DO DERRAMAMENTO DE ÓLEO EM ÁGUAS NACIONAIS

Roberto Tadao Magami

Victor Carvalho Pessoa de Barros e Silva

Introdução	451
1. Contextualização do tema: Breves considerações sobre as sanções administrativas pecuniárias e o meio ambiente.....	453
2. O derramamento de óleo em águas nacionais e o pragmatismo	458
3. A sanção pecuniária ambiental como punição ao derramamento de óleo	463
3.1. Unicidade do poder estatal e separação de funções	463
3.2. Princípios atrelados à sanção pecuniária ambiental: proporcionalidade, precaução e prevenção	468

3.3. Percepções sobre os valores legais e a forma que se encontram em vigor	472
Considerações Finais.....	477
Referências	480

INGRESSO DE TERCEIRO NO PROCESSO SANCIONADOR
COMO MEIO DE CAPTURA REGULATÓRIA 483

Rebecca Féo de Oliveira

Introdução	483
1. Situação problema.....	485
2. Captura regulatória.....	486
3. Terceiro interessado no processo sancionador.....	489
4. Interesse na punição alheia.	493
5. Propósito de colaborar e o <i>amicus curiae</i>	497
Conclusão.....	501
Referências.....	503

PARTE III - DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR,
REGULAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS..... 505

SANÇÃO CONTRATUAL SEM CONTRATO? 507

André Cyrino

Anna Cintia Rocha Ximenes de Mendonça

Thais Ramos Estrella Branco

Introdução	507
1. Premissas do direito administrativo sancionador: a legalidade e a tipicidade.....	509
2. A aplicação das sanções contratuais aos ajustes não formalizados com a Administração	514
3. A perplexidade da questão: lacuna de regulação	525
Conclusão.....	527
Referências.....	528

AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NA REGULAÇÃO POR
CONTRATO 531

Renato Toledo

Introdução	531
1. Os contratos como instrumentos de regulação.....	532

2. As sanções administrativas nos contratos da Administração Pública.....	538
2.1. A construção do contrato administrativo sob a lógica do regime exorbitante.....	538
2.2. As repercussões da noção de exorbitância sobre a compreensão atual das sanções administrativas no âmbito dos contratos da Administração Pública	541
3. Propostas de recompreensão das sanções da Administração Pública nos contratos administrativos: levando a natureza contratual a sério	545
3.1. O mito das sanções contratuais como cláusulas exorbitantes do direito comum	545
3.2. As peculiaridades da regulação por contratos que recomendam uma revisão teórica: a gestão da parceria para além da gestão pública.....	550
3.3. Duas propostas hermenêuticas: sanções como instrumentos de gestão nos contratos administrativos e a preferência das sanções contratuais sobre sanções gerais	553
Referências	557

SANÇÕES LICITATÓRIAS E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES 563

André Ribeiro Tosta

Introdução	563
1. Contextualizando as sanções licitatórias.....	564
2. Sanções licitatórias na nova lei de licitações.	572
3. Sanções como ferramentas de governança processual.....	575
4. Riscos das sanções licitatórias.	582
Conclusão.....	586
Referências.....	586

O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E OS CONTRATOS DE CONCESSÃO..... 591

Laís Ribeiro de Senna

Roberto Tadao Magami Junior

Introdução	591
1. Direito Administrativo Sancionador: o direito de punir da Administração Pública	591

2. O serviço público concedido ao particular e seu regime sancionador.	594
2.1 A Lei de Concessões n.º 8.987/95.....	595
2.2. A Lei de Contratos Administrativos n.º 8.666/93 e sua aplicação subsidiária aos contratos de concessão	597
2.3. Aplicação das sanções nos atuais contratos de concessão: o exemplo das rodovias.....	603
2.3.1. A terceira etapa do Procrofe e as sanções por descumprimento.	604
2.3.2. O caso da linha amarela, no Rio de Janeiro, e a encampação contratual.....	610
Conclusão.....	617
Referências.....	619

O PROBLEMA DA PROPORCIONALIDADE NAS INFRAÇÕES E SANÇÕES REGULATÓRIAS CONTRATUAIS 621

Letícia Queiroz de Andrade

Juliana Moitas Nogueira de Menezes

1. As infrações e sanções regulatórias contratuais.	621
1.1. Peculiaridades das infrações e sanções regulatórias contratuais decorrentes do respectivo regime de sujeição e sua correlação com o princípio da legalidade.	622
1.2. Peculiaridades das sanções regulatórias contratuais decorrentes de aspectos relacionados ao regime das concessões, permissões e autorizações operativas.	633
1.3. A ADI n.º 5906 e o debate em torno dos fundamentos, legitimação, finalidade e limites do poder sancionador regulatório.....	637
2. A proporcionalidade das sanções regulatórias contratuais	640
2.1. O princípio da proporcionalidade como norte e limite da atividade sancionadora da Administração.....	640
2.2. O problema da proporcionalidade nas sanções regulatórias contratuais e seu controle.	645
2.2.1. Tipificação das sanções.....	650
a. Adequação	650
b. Necessidade.....	653
c. Proporcionalidade em sentido estrito.	654
2.2.2. Dosimetria das sanções.	655
a. Adequação.	655

b. Necessidade.....	656
c. Proporcionalidade em sentido estrito.	657
2.2.3. Processo de imposição das sanções.	658
a. Adequação.....	658
b. Necessidade.....	659
Referências	660

APRESENTAÇÃO DA OBRA

O Direito Administrativo Sancionador sempre teve profundo relacionamento com a regulação. A ameaça da sanção é tida como o principal mecanismo para garantia do cumprimento das normas regulatórias e dos contratos, fundamental para que relevantes finalidades públicas setoriais sejam alcançadas, como a universalização de serviços públicos, mais efetiva fiscalização de atividades privadas e melhor qualidade das atividades com a incorporação de novas tecnologias.

Muito embora a lógica do comando e controle esteja no âmago das dinâmicas regulatórias, desenvolve-se um cenário de transformação que marca uma nova fase da regulação no Brasil.

Novas leis e decretos dispendo sobre Direito Administrativo Sancionador são editadas, como a Lei do Processo Administrativo Sancionador no âmbito do Banco Central e da CVM (Lei n.º 13.506/2017), a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 14.133/2021), o decreto de reforma do sistema sancionatório no sistema de defesa do consumidor (Decreto n.º 10.887/2021), as novas disposições da Lei de Improbidade Administrativa, inseridas pela Lei nº 14.230/2021 (com destaque para a aplicação ao sistema da improbidade dos princípios do direito administrativo sancionador), além da própria Nova LINDB (Lei n.º 13.655/2018). Por sua vez, grandes transformações surgem no campo da regulação e posteriormente são aproveitadas ao Direito Administrativo Sancionador como um todo. Notória é a experiência da consensualidade, primeiramente desenvolvida nas searas ambiental e concorrencial, posteriormente expandida nas Agências Reguladoras. Mais recentemente, CVM, Bacen e SUSEP implementaram programas de sandbox regulatório, que cria alívios regulatórios para afastar a responsabilização pelo descumprimento de determinadas normas.

Esse novo cenário regulatório suscita estudos que permitem revisitar a teoria que subsidia a prática regulatória (legalidade, discricionariedade, processualidade etc.) para que linhas de entendimento que fizeram sentido no passado não inviabilizem inovações. Ainda, é preciso mapear as transformações em curso para seu constante aprimoramento.

Esta obra, dividida em três grandes partes (“Parte Geral”; “Experiências práticas de sanções e acordos em regulação”; e “Direito administrativo sancionador, regulação e contratos administrativos”), reflete os

principais debates sobre Direito Administrativo Sancionador hoje em curso na teoria da regulação e nos setores regulados.

A coletânea se inicia, em sua Parte Geral, com a lição didática e esclarecedora dos professores Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara no artigo “O papel do regulamento no exercício de competência sancionatória”, em que discutem os seguintes dois focos de atuação regulamentar nessa seara: a necessidade de que as autoridades administrativas editem regulamentação prévia para definir as situações subjetivas passivas para os regulados e a possibilidade de, observados limites e condições previstos em regulamento, acordos substitutivos serem celebrados para encerrar processos administrativos de aplicação de multas em regulação, obtendo dos agentes regulados compromissos como os de realizar investimentos nos serviços e outras prestações. A conclusão alcançada permite o amplo emprego dos acordos substitutivos, que podem ser celebrados pela Administração Pública sem depender de prévia lei autorizativa, por não se tratar de matéria de reserva de lei.

André Saddy e Ketlyn Gonçalves Fernandes descrevem com propriedade empírica e metodológica a autorregulação no âmbito das empresas estatais. Assim, o artigo “Autorregulação nas empresas estatais federais: previsões e punições” se consagra como uma das mais relevantes contribuições para compreensão do funcionamento das empresas estatais no Brasil. O artigo parte do conceito de autorregulação estatal para propor uma análise abrangente e minuciosa das distintas espécies de códigos de autorregulação adotados pelas empresas estatais federais – a exemplo dos códigos de conduta ética/deontológicos, de conduta e boas práticas e de bom governo. O objetivo dos autores é investigar a existência e o *modus operandi* de previsões sancionatórias nos referidos textos normativos.

O artigo de Vladimir da Rocha França – “Competências normativas das Agências Reguladoras em matéria de Direito Administrativo Sancionador” – parte do modelo jurídico que rege as competências normativas das agências reguladoras no sistema do direito positivo brasileiro para, em seguida, voltar os olhos especificamente à seara dos ilícitos administrativos e respectivas sanções. Trata-se de uma investigação densa e cuidadosa que não descursa, ainda, das tendências jurisprudenciais em curso. Simplesmente imperdível!

A regulação tem múltiplas expressões e causas diversas. Embora presente na literatura e no dia a dia de profissionais e da população em geral, o

termo traz consigo a complexidade de um fenômeno que se espraia rapidamente e de forma altamente dinâmica. Sem receios, Flavine Meghy Mendes aceita o desafio de, a partir de uma densa pesquisa teórica que se conjuga à sua vivência prática, aprofundar as reflexões em torno do conceito (“impregnado de polissemia”) de regulação e seus desdobramentos. Em seu artigo “O conceito de regulação e seus desdobramentos”, como anota a autora, a investigação parte das seguintes – e fundamentais – questões norteadoras: “i) Quais os critérios e requisitos que compõem o conceito de regulação, a ponto de distingui-lo de outros sistemas de controle social; ii) Quais os pressupostos teóricos, abrangência, limites, atores envolvidos e instrumentos mais adequados à regulação coerente com a boa governança comprometida com um processo de desenvolvimento econômico sustentável?”.

Diogo Alves Verri Garcia Souza se debruça sobre o tema – um tanto desafiador – da culpabilidade no âmbito das sanções administrativas, a partir de seus distintos significados: como subjetivação da responsabilidade (“culpabilidade-pressuposto”), gradação da penalidade (“culpabilidade-medida”) e elemento analítico típico do conceito trifásico de crime (“culpabilidade como conceito analítico”). No artigo “Culpabilidade: uma perspectiva sobre dolo, culpa e medida das sanções nas infrações administrativas”, após discorrer sobre tais sentidos da culpabilidade – apontada, pelo autor, como um princípio “ainda inexato em alcance e construção” no Direito Administrativo –, Diogo analisa argumentos sobre a objetivação da responsabilidade e descreve alguns riscos associados à transposição irrefletida de construções do direito penal à esfera administrativa. Na visão do autor, deve-se observar um necessário “dever de prudência, dadas as diferenças estruturais existentes entre os ramos”, que justifica seja implementado um “teste de pertinência, etapa necessária para a transposição”.

José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaida Musetti Grotti assinalam o “Direito Administrativo Sancionador Regulatório: breve panorama e desafios”. Nas palavras dos autores, “[é] inegável que a regulação independente pressupõe, promove, constrói, redefine, reconfigura a atividade sancionadora, no campo próprio em que ela se desenvolve, sendo terreno fértil para experimentação de modelos sancionadores, em razão da expressiva discricionariedade administrativa na outorga de potestades de fiscalização”. Atentos a esse movimento, os autores dedicam um tópico específico de seu estudo à análise da Lei Geral das Agências Reguladoras Federais (Lei nº

13.848, de 25 de junho de 2019), em que são apontados, de um lado, avanços trazidos pelo diploma, mas também a perda da oportunidade de se disciplinarem importantes temáticas associadas ao direito administrativo sancionador regulatório, a exemplo de diretrizes em torno dos princípios constitucionais materiais aplicáveis.

Na sequência, Alice Bernardo Voronoff sugere um olhar pragmático do direito administrativo sancionador a partir das contribuições da análise econômica do direito. Refletindo sobre meios e modos para tornar a criação e aplicação de infrações e sanções administrativas mais racionais e eficientes, a autora explica por que, a seu ver, os raciocínios econômicos atribuídos às chamadas Escola de Chicago (e seu modelo de indivíduos pragmáticos e calculistas) e Escola de Virgínia (com a teoria da escolha pública) são ferramentas imprescindíveis para se alcançar tal objetivo. Tudo isso, ela frisa, como “parte fundamental de um programa mais ambicioso – porém necessário e urgente – de melhora regulatória”.

Encerrando a primeira parte da coletânea, Karina Harb e Gabriel Carmona trazem um panorama sobre as nulidades no direito administrativo sancionador, a partir da ótica do processo administrativo nas agências reguladoras federais. O texto percorre a teoria das nulidades no processo sancionador, bem como a conformação dessa temática no âmbito da legislação infralegal editada pelas agências. Além disso, faz uma análise inédita de decisões judiciais proferidas em processos nos quais se questionava a condução da atividade sancionatória das agências reguladoras, com base em pesquisa conduzida junto ao sistema de jurisprudência unificada do Conselho da Justiça Federal.

O artigo dos Professores Juliana Bonacorsi de Palma (coordenadora do volume) e Floriano de Azevedo Marques Neto – “Consensualidade administrativa na regulação: acordos substitutivos no setor de telecomunicações” –, que inaugura a segunda parte do volume (“Experiências práticas de sanções e acordos em regulação”), não poderia ser mais atual: chama a atenção para a “fase pragmática da consensualidade”, com as suas potencialidades e desafios, para, nesse contexto, debruçar-se sobre um estudo de caso. Especificamente, sobre a celebração de acordos substitutivos no setor de telecomunicações, a partir da trajetória que culminou com a regulamentação e a celebração do primeiro TAC pela ANATEL. Como anotam os autores: “Ultrapassado o estágio inicial dos debates sobre a consensualidade no Direito

Administrativo, quando ainda se discutia a viabilidade jurídica de o Poder Público transacionar, é chegado o momento de uma discussão mais sofisticada, técnica e operacional. Se os acordos administrativos são instrumentos de eficiência, pois permitem construir a melhor solução para endereçar o caso concreto, o tom das reflexões deve ser sobre como otimizar os efeitos benéficos dos acordos”. As contribuições que o estudo traz nesse sentido são inestimáveis.

A expansão do Estado Regulador trouxe consigo novos desafios para direito administrativo sancionador. E é por essa seara que caminha o estudo “A Lei das Agências Reguladoras e suas perspectivas no processo sancionador”, de Letícia Lins Alencar e Mário Saadi. Os autores destacam que melhorar o ambiente regulatório pressupõe aperfeiçoar a atuação das agências reguladoras nos processos sancionatórios – aspecto nem sempre valorizado nos esforços de otimização regulatória. Para tanto, propõem uma análise detida da Lei n.º 13.848/2019 (“Lei de Agências Reguladoras”), cujas disposições podem auxiliar tal desiderato. Dentre elas, destacam-se aquelas relacionadas ao processo de elaboração ou revisão de atos normativos (incluindo a necessidade de realização de AIR); ao incentivo para a realização de acordos administrativos substitutivos de sanção; à fixação de parâmetros a serem observados nas decisões administrativas; e ao estímulo à cooperação e interação entre a agência e outros órgãos e entidades.

Adentrando o campo da análise econômica do direito, Valter Shuenquener de Araújo, João Pedro de Araújo Pereira e Vinícius dos Santos Silva põem-se a analisar a relação entre racionalidade econômica – assim entendida como a aplicação sistemática de determinada teoria econômica – e a aplicação de sanções administrativas. A partir da premissa de que a racionalidade econômica pode tornar o jus puniendi estatal mais eficiente, justo e coerente, os autores analisam importantes decisões do Tribunal de Contas da União para, a partir delas, verificar se a Corte, de modo uniforme e consistente, tem se filiado a certa escola econômica – condição que pode potencializar a coerência na aplicação de suas sanções. O estudo “Análise econômica do Direito Administrativo Sancionador: uma breve investigação sobre a racionalidade decisória da regulação pelo TCU” traz enorme e inovadora contribuição em torno de temática que está na ordem do dia na comunidade jurídica.

A relação entre o direito e a realidade é – e precisa ser – dinâmica, para que dessa retroalimentação se estruturarem modelos normativos legítimos e efetivos. Esse é o mote do artigo O emprego das sanções premiais na regulação urbanística, de Paulo Vinicius Liebl Fernandes, que explica como, a partir da segunda metade do século XX, o aumento contínuo das periferias nas grandes metrópoles e a baixa disponibilidade da infraestrutura urbana impulsionaram a diversificação das ferramentas lançadas pelos Poderes Públicos locais para incentivar a melhor ocupação do espaço urbano. Do uso quase que exclusivo do comando e controle (como expressão do poder de polícia estatal) à estruturação de arranjos normativos e instrumentos urbanísticos pautados por uma lógica menos impositiva e mais concertada (com destaque para as sanções premiais), o autor expõe, com maestria e olhos voltados tanto para o ambiente normativo (em especial, para o Estatuto da Cidade), quanto para a realidade, a importância de se “romper com o caráter meramente corretivo e sancionador da regulação urbanística, habilitando-a a desempenhar uma função de promotora do desenvolvimento urbano, através do emprego de técnicas regulatórias que atuam no processo decisório dos agentes privados, de modo a estimulá-los a adotarem voluntariamente comportamentos que contribuam para a melhoria do espaço urbano”.

No artigo “Panorama sobre a Aplicação de Penalidades Administrativas em Processos Sancionadores do Mercado de Capitais”, Rodrigo Garrido Dias apresenta rico levantamento estatístico sobre o processo sancionador no âmbito da CVM e sobre a dinâmica de revisão da atividade punitiva da autarquia pelo CRSFN. Dentre várias informações, o artigo permite reconhecer o volume de processos julgados pela CVM, predominância de pessoas físicas como acusadas e prevalência de absolvições. Na aplicação de sanções, a CVM fundamentalmente se vale da multa, sendo bastante diminuta a aplicação de outras espécies sancionatórias. Consequentemente, o CRSFN tem maior volume de recursos ex officio para análise em detrimento de recursos voluntários. Em ambos os casos, a decisão prevalecente é de improvimento do recurso. O artigo permite compreender melhor a prática sancionatória no mercado de capitais e, assim, derivar importantes considerações sobre o papel institucional da CVM e do CRSFN no enforcement público.

Roberto Tadao Magami e Victor Carvalho Pessoa de Barros e Silva examinam a sanção administrativa pecuniária a partir do caso de derramamento de óleo, considerando todo o contexto regulatório que se encontra, como

também as nuances do setor. A partir de uma visão pragmática, o artigo “Sanção pecuniária ambiental: um olhar pragmático a partir do derramamento de óleo em águas nacionais” reflete as circunstâncias que levam à inefetividade das multas aplicadas e outros potenciais aspectos que circunscrevem o tema, de modo a contribuir para o desenvolvimento e a organização do sistema sancionatório estatal.

No último artigo da segunda parte da coletânea, Rebecca Féo de Oliveira discorre sobre o ingresso de terceiros no processo administrativo sancionador como meio de captura regulatória. Como sintetiza a autora, o artigo “trata do requerimento de ingresso por terceiros em processos administrativos sancionadores instaurados pelas agências reguladoras em face dos agentes econômicos regulados, que teriam praticado infrações administrativas, refletindo sobre os reais interesses que se busca tutelar por meio desse ingresso e se há benefício ou prejuízo ao interesse público com essa participação”. A abordagem é única e interessantíssima. Inclusive porque, geralmente, é tênue a linha que separa a legítima participação de interessados daquela que é estratégica e puramente autointeressada (e.g., a participação voltada exclusivamente a corroborar a punição de um concorrente).

Fora dos manuais, a prestação de serviços ou o fornecimento de bens sem a prévia celebração de contrato administrativo é uma realidade que desafia gestores públicos e a comunidade jurídica. São diversas as questões jurídicas e práticas que emergem de situações desse tipo. André Rodrigues Cyrino, Anna Cintia Rocha Ximenes de Mendonça e Thais Ramos Estrella, no texto que inaugura a terceira parte do volume (“Direito Administrativo Sancionador, Regulação e Contratos Administrativos”, põem-se a investigar uma delas: “a (im)possibilidade de aplicação de sanções contratuais aos particulares que prestarem serviços e fornecerem bens em tais circunstâncias. Em outras palavras, almeja-se analisar juridicamente a viabilidade (ou não) da aplicação das sanções contratuais previstas na legislação no caso de prestação de serviços ou aquisição de bens defeituosos sem qualquer contrato (passado, presente ou futuro), tampouco expectativa de celebrá-lo (licitante)”. Para além de instigante, o texto Sanção contratual sem contrato? Um estudo de Direito Administrativo Sancionador dos contratos é imprescindível para aqueles que lidam com o direito administrativo “de carne e osso”.

O artigo “As sanções administrativas na regulação por contratos”, de Renato Toledo, debate o regime jurídico das sanções administrativas na

regulação por contratos e as suas possíveis conformações práticas. A partir do pressuposto de que os contratos são autênticos instrumentos regulatórios e enfeixam uma relação de parceria, o autor extrai recomendações hermenêuticas e de maximização das relações contratuais em um ambiente regulatório, quais sejam: preferência às sanções estipuladas contratualmente, pois são elas que melhor revelam o sistema de riscos e incentivos aderidos pelo parceiro privado quando da celebração do contrato e formado o compromisso regulatório entre as partes, e superar o mito da exorbitância para reconhecer que os contratos administrativos passam hoje por um processo de especialização.

Extremamente atual, o artigo “Sanções licitatórias e a Nova Lei de Licitações”, de André Ribeiro Tosta, analisa previsões trazidas pela Lei 14.133/2021 na seara administrativa sancionatória. Seu enfoque são as assim designadas “sanções licitatórias”, i.e., punições destinadas a coibir e punir comportamentos ilícitos durante o “processo pré-contratual”. Para além de um cotejo entre o novo regime jurídico sancionatório e aqueles da Lei 8.666/1993, da Lei 10.520/02 e da Lei 12.846/14, o autor aponta tendências extraídas das novas disposições legais – a exemplo do uso mais evidente das sanções administrativas como instrumentos para otimizar a governança das licitações –, além de riscos que não podem ser ignorados – dentre os quais, o de banalização das novas ferramentas e o de excesso punitivo.

O artigo “O Direito Administrativo Sancionador e os contratos de concessão”, de Laís Ribeiro de Senna e Roberto Tadao Magami Junior, aborda a temática – deveras desafiadora – do regime jurídico sancionador de contratos de concessão. Para tanto, os autores apresentam as sanções cabíveis no âmbito das concessões, bem como as formalidades e os rigorismos necessários à sua aplicação para a correta produção de efeitos. A análise é complementada por interessantes estudos de caso extraídos da experiência dos contratos de concessão de rodovias, com destaque para aqueles celebrados quando da Terceira Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais – PROCROFE, em 2013.

Encerrando a coletânea, no artigo “O problema da proporcionalidade nas infrações e sanções regulatórias contratuais”, Letícia Queiroz de Andrade e Juliana Moitas Nogueira de Menezes colocam em perspectiva um dos principais tópicos de debate regulatório envolvendo o Direito Administrativo Sancionador: a proporcionalidade na aplicação de sanções aos regulados de serviços públicos. Com base em vasta pesquisa de jurisprudência judicial e

Direção:
José Roberto Pimenta Oliveira, Francisco Zardo, Alice Voronoff

controladora, as autoras enfrentam o problema da proporcionalidade nas sanções regulatórias contratuais em cada uma das fases do exercício do poder sancionador (tipificação, dosimetria e processo de imposição de sanções). Trata-se de relevante contribuição à prática da regulação sancionatória nos setores regulados, servindo de substrato reflexivo e prático para um exercício sancionatório mais adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.

Estamos certos de que o leitor irá desfrutar de relevante obra na agenda do Direito Administrativo Sancionador

São Paulo, junho de 2022.
Os Coordenadores.

Alice Voronoff
Juliana Bonacorsi de Palma
Renato Toledo