



**REGULAÇÃO RESPONSIVA, LEI Nº 13.506/2017 E A NECESSÁRIA RELEITURA
DO PODER-DEVER DE APLICAR SANÇÕES**

***RESPONSIVE REGULATION, LAW NO. 13.506/2017, AND THE NECESSARY
REVIEW OF THE POWER-DUTY TO APPLY SANCTIONS***

Felipe Godoy Franco *

Resumo: O objetivo deste artigo é propor uma revisão da interpretação do exercício da atividade sancionatória da Administração Pública enquanto um poder-dever. Para tanto, analisa-se a teoria da regulação responsiva, que argumenta que punição e persuasão devem ser estratégias complementares na busca de alcançar a conformidade, bem como as inovações trazidas pela Lei nº 13.506/2017, particularmente quanto à possibilidade de que o Bacen e a CVM, em certos cenários, deixem de instaurar processos sancionadores, utilizando outros instrumentos mais efetivos. Assim, defende-se caber ao agente público, diante de eventual irregularidade, se utilizar da ferramenta mais bem capacitada para promover os objetivos regulatórios.

Palavras-chave: Direito da Regulação. Governança regulatória. Regulação responsiva. Indisponibilidade do interesse público. Instrumentalidade das sanções.

* Mestrando em Direito da Regulação na FGV Direito Rio. Especialista em Regulação de Aviação Civil na Anac. As opiniões expressadas são pessoais, não refletindo, necessariamente, o posicionamento oficial da Anac. E-mail: felipe.franco@fgv.edu.br





Abstract: *The purpose of this article is to propose a review of the interpretation of the exercise of the sanctioning activity of Public Administration as a power-duty. Thus, it analyses responsive regulation theory, which argues that punishment and persuasion are complementary strategies in promoting compliance, as well as the innovations introduced by Law No. 13.506/2017, particularly as to the possibility that Bacen and CVM, in certain scenarios, forgo the use of sanctioning processes in favour of other more effective instruments. Therefore, it defends that public agents, when facing an irregularity, should adopt the better suited tool to promote the regulatory objectives.*

Keywords: *Regulatory law. Regulatory governance. Responsive regulation. Non-renounceable public interest. Instrumentality of sanctions.*



1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, entende-se que a prerrogativa de a Administração Pública aplicar sanções a particulares quando constatada a prática de infrações não se encontra sujeita a um juízo de discricionariedade quanto a seu efetivo exercício, tratando-se, na realidade, de um poder-dever que incumbe ao agente público. Tal visão toma por base, em larga medida, leituras restritivas de princípios como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público e da legalidade estrita enquanto orientadora da atuação administrativa. Exemplo disso é o Manual de Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas da Corregedoria-Geral da União (CGU):

Com relação especificamente à atividade administrativa de apuração de infrações e de aplicação de sanções a licitantes ou contratados faltosos, a doutrina administrativista costuma considerar essa prerrogativa punitiva como uma cláusula exorbitante, decorrente da supremacia do interesse público. A utilização dessa prerrogativa visa a restauração do equilíbrio no ordenamento jurídico, a partir da imposição de penalidades, o desestímulo à prática de atividades ilícitas e o reforço ao cumprimento das disposições legais e contratuais.

Sendo assim, independentemente do nome que se dê a essa atividade, ela é indisponível e realmente necessária à dinâmica administrativa. Na realidade, é um poder-dever, e uma vez identificada a ocorrência de infração administrativa, a autoridade não pode deixar de apurar e, quando for o caso, aplicar a sanção pertinente, havendo ênfase, na doutrina majoritária, quanto ao dever disciplinar, em razão do art. 320 do Código Penal, que tipifica a figura da condescendência criminosa. (BRASIL, 2018, p. 22)

O Manual de Sanções Administrativas do Tribunal de Contas da União (TCU) vai em sentido similar:

Diante do poder disciplinar da Administração Pública, entende-se que a apuração para a aplicação de sanção, nos casos de infração administrativa, não é um ato discricionário, é um poder-dever. Assim, tendo conhecimento de indícios da existência de uma infração administrativa praticada por servidor ou particular, a Administração tem o dever de instaurar o procedimento adequado à sua apuração e, conforme o caso, realizar a consequente aplicação das penas cabíveis.

Quando determinada ação é classificada como ilícita, gera-se o dever de punição. A omissão de punição ao ilícito é tão antijurídica quanto a prática do próprio ilícito. Foge da discricionariedade da Administração punir ou não punir, segundo um juízo de



conveniência política. Aliás, a conduta do agente público que deixa de adotar as providências destinadas a promover a punição do sujeito que praticou ilícito pode configurar crime. Portanto, a prévia definição normativa dos ilícitos puníveis vincula o administrador e retira a margem de liberdade sobre a conduta futura a adotar. (BRASIL, 2020, p. 19)

O mesmo diagnóstico é apontado por Alice Voronoff (2018, p. 103) ao abordar a instrumentalidade do direito administrativo sancionador:

O direito administrativo sancionador, como o direito em geral, 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, embora não se negue expressamente esse caráter instrumental, ele é usualmente negligenciado em função de construções teóricas que sugerem ser a sanção administrativa ora uma espécie de poder-dever implícito extraído do conjunto de competências da Administração Pública; ora uma resposta automática e necessária do ordenamento jurídico ao cometimento de uma infração; ou até uma decorrência do “princípio” da supremacia do interesse público sobre o privado. Como se fosse um mal necessário.

Ao longo do tempo, contudo, foi-se percebendo as limitações deste modelo baseado exclusivamente em sanções, inclusive sob o aspecto de sua efetividade. Ilustrativo, nesse sentido, o Acórdão nº 729/2020 do TCU (Processo nº 024.820/2018-0), no âmbito do qual se examinou a arrecadação de multas aplicadas por agências reguladoras e outros órgãos e entidades federais com atribuições de fiscalização e controle¹. Tomando por base a média dos indicadores dos exercícios de 2015 a 2016, aquela corte constatou que apenas 4,27% do volume físico das multas aplicadas por esses órgãos foram arrecadados, representando apenas 2,37% de seu valor financeiro.

¹ Mais especificamente, Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência Nacional do Cinema (Ancine), Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), pelo Banco Central do Brasil (Bacen), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e Superintendência de Seguros Privados (Susep).



Embora, a toda evidência, o intuito principal por detrás da aplicação das penalidades pecuniárias por esses órgãos não seja arrecadatório², as dificuldades por eles experimentadas em de fato fazer valer as multas por eles impostas colocam em xeque a capacidade dessas sanções de efetivamente desincentivarem o descumprimento de obrigações por seus regulados.

Na realidade, a questão se remete ao antigo debate sobre as estratégias mais efetivas de *enforcement*³, entre a punição e a persuasão. Conforme sintetiza Neil Gunningham (2010, p. 121), as estratégias de punição (*deterrence*) enfatizam um estilo de confrontação e o sancionamento de comportamentos infracionais. Supõe-se que os regulados são atores racionais que respondem a incentivos, e que se os infratores forem identificados e punidos com a severidade adequada, então eles, assim como os demais agentes do mercado, serão dissuadidos de voltar a violar as normas. Dessa forma, trata-se de uma estratégia acusatória e adversarial, com o foco em detectar infrações, estabelecer culpados e puni-los. De outro lado, as estratégias de persuasão (*compliance*) enfatizam a cooperação, buscando, através do aconselhamento e da orientação, instigar os regulados a cumprirem voluntariamente as normas. E, embora ambas apresentem vantagens e desvantagens (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012, pp. 238/243; GUNNINGHAM, 2010, pp. 122/125), conclui-se que, de modo geral, elas são insuficientes para, de forma isolada, promover de forma eficiente e eficaz o cumprimento das normas (GUNNINGHAM, 2010, p. 139).

Neste contexto, insere-se a teoria da regulação responsiva, articulada por Ian Ayres e John Braithwaite, a argumentar que, na realidade, punição e persuasão não seriam antinômicas, mas sim estratégias complementares na busca de alcançar a conformidade por parte dos

² Veja-se, nesse sentido, por exemplo, trecho do voto do Ministro Relator Bruno Dantas no Acórdão TCU nº 2121/2017, no qual se analisava a celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel): “Na busca pela melhoria da qualidade dos serviços de telecomunicações, a efetividade da atividade regulatória não deve ser avaliada pela quantidade de multas ou de recursos arrecadados, mas pelo aperfeiçoamento do serviço por meio da correção e não reincidência das desconformidades identificadas. Ou seja, a multa não é instrumento arrecadatório, mas regulatório. [...] Volto a ressaltar que a multa pecuniária, como sanção, desempenha funções imprescindíveis à atuação do órgão regulador, tais como reprimir o infrator, recompor a legalidade, prevenir novas infrações, dar eficácia às medidas regulatórias, fortalecer a posição do órgão regulador perante os atores regulados e os administrados. Portanto, as multas aplicadas pela Anatel não podem ser analisadas unicamente pelo aspecto arrecadatório”.

³ É difícil apontar uma tradução precisa em português para a expressão inglesa “enforcement” que consiga compreender toda a complexidade do termo. Márcio Iorio Aranha (2021), por exemplo, fala em “constrangimento normativo”, o que, todavia, exclui do conceito estratégias que não envolvam formas de constrangimento e aquilo que se possa definir como “normas”. Preferimos, assim, seguir com a utilização da expressão em inglês, definida de forma ampla pelo *Black’s Law Dictionary*, em tradução livre, como “certificar-se de que uma regra ou padrão ou ordem judicial ou política pública é devidamente seguido(a)”.

regulados. Assim, o regulador deveria ter à sua disposição ferramentas em ambos esses campos, adotando-as conforme o cenário vislumbrado no caso concreto, com vistas a uma maior eficácia em sua atuação. Nas palavras de Braithwaite (1985, p. 118), em obra anterior:

The power to punish helps give legitimacy to regulators who wish to persuade. One is inclined to listen to the persuasive overtones of an inspector if the consequences of not listening is his replacing the velvet glove with the iron fist. The conclusion is therefore the same as that for the first half of this chapter: the complementarities between punishment and persuasion are more profound than the incompatibilities.

Entretanto, considerando que a referida teoria trata a imposição de sanções como apenas uma dentre múltiplas alternativas possíveis para lidar com o cometimento de infrações, se poderia arguir sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, em razão do mencionado entendimento da atividade administrativa sancionatória como um poder-dever imposto ao agente público.

Diante disso, importante inovação foi introduzida por meio da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, a qual, dentre outros, previu a possibilidade de o Banco Central do Brasil (Bacen) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) deixarem de instaurar processos administrativos sancionadores diante de certos cenários, optando, em seu lugar, pela adoção de outros instrumentos e medidas de supervisão que julgarem mais efetivos. Assim, o presente artigo se propõe a examinar a referida inovação legislativa sob a ótica da regulação responsiva, para apontar, então, para uma necessária releitura do poder-dever sancionador tradicionalmente atribuído à Administração Pública quando diante da constatação de infrações.

2 A TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA

Se, de um lado, é difícil de apontar exatamente quando surgem as primeiras manifestações teóricas defendendo que a atuação do Estado se dê de forma responsiva à conduta de seus administrados⁴, cabe reconhecer que a teoria da regulação responsiva foi articulada, de forma mais extensa e organizada, por Ian Ayres e John Braithwaite (1992) em seu *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*.

⁴ Márcio Iorio Aranha (2021, p. 109) fala, inclusive, em um “desejo atemporal por atuação responsiva do Estado frente às demandas da sociedade”.

Como apontado no subtítulo do livro, e melhor elaborado em seu primeiro capítulo, o intuito dos autores era superar (“transcender”) o debate entre aqueles que favoreciam uma forte regulação estatal e aqueles que advogavam pela desregulação. Ao apresentar sua ideia central, Ayres e Braithwaite sustentam que a regulação deve ser responsiva à estrutura da indústria, às diferentes motivações dos atores regulados e, em última análise, ao comportamento destes face à própria regulação, quase que de forma a se retroalimentar⁵.

Embora a referida obra trate de diferentes aspectos da regulação, inclusive sob a ótica de organização institucional, nosso foco, aqui, será a discussão travada pelos autores acerca do *enforcement* contida, precipuamente, no segundo capítulo do livro (“The Benign Big Gun”). Nesse sentido, apoiando-se em grande parte em estudos empíricos, eles propõem que um sistema eficiente para assegurar o cumprimento de normas pelos regulados deve conter uma combinação de estratégias de punição e de persuasão, sem depender exclusivamente de apenas uma delas. Eis a famosa citação que traduz a ideia aqui exposta: “To reject punitive regulation is naive; to be totally committed to it is to lead a charge of the Light Brigade”⁶. Prosseguem então os autores:

[...] The trick of successful regulation is to establish a synergy between punishment and persuasion. Strategic punishment underwrites regulatory persuasion as something that ought to be attended to. Persuasion legitimates punishment as reasonable, fair, and even something that might elicit remorse or repentance. We reject Holmes' notion that the law should solely adopt a "bad man" perspective. Going in with punishment as a strategy of first choice is counterproductive in a number of ways. First, punishment is expensive; persuasion is cheap. Therefore, if persuasion is tried first and works, more resources are left to expand regulatory coverage. In contrast, a mining inspectorate with a first preference for punitive enforcement will spend more time in court than in mines. Second, punitive enforcement engenders a game of regulatory cat-and-mouse whereby firms defy the spirit of the law by exploiting loopholes, and the state writes more and more specific

⁵ Nas palavras dos autores: “Responsive regulation is distinguished (from other strategies of market governance) both in what triggers a regulatory response and what the regulatory response will be. We suggest that regulation be responsive to industry structure in that different structures will be conducive to different degrees and forms of regulation. Government should also be attuned to the differing motivations of regulated actors. Efficacious regulation should speak to the diverse objectives of regulated firms, industry associations, and individuals within them. Regulations themselves can affect structure (e.g., the number of firms in the industry) and can affect motivations of the regulated”. (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 4)

⁶ A Carga da Brigada Ligeira (*Charge of the Light Brigade*) foi uma ação militar (desastrosa) da cavalaria britânica contra tropas russas na Batalha de Balaclava, durante a Guerra da Crimeia. Assim, a expressão utilizada pelos autores pode ser entendida como uma referência a uma estratégia fadada ao insucesso.



rules to cover the loopholes. The result can be: (1) rule making by accretion that gives no coherence to the rules as a package, and (2) a barren legalism concentrating on specific, simple, visible violations to the neglect of underlying systemic problems (Bardach and Kagan, 1982; Braithwaite, 1985). Third, heavy reliance must be placed on persuasion rather than on punishment in industries where technological and environmental realities change so quickly that the regulations that give detailed content to the law cannot keep up to date.

Given these problems of punitive enforcement, and given that large numbers of corporate actors in many contexts do fit the responsible citizen model, To Punish or Persuade argued that persuasion is preferable to punishment as the strategy of first choice. To adopt punishment as a strategy of first choice is unaffordable, unworkable, and counterproductive in undermining the good will of those with a commitment to compliance. However, when firms which are not responsible corporate citizens exploit the privilege of persuasion, the regulator should switch to a tough punitive response. (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, pp. 25/26)

Nesse sentido, a regulação responsiva, sob o aspecto do *enforcement*, fundamenta-se em uma estratégia de retaliação (ou reação) equivalente (*tit-for-tat strategy – TFT*). Em outras palavras, a postura inicial do regulador deve ser, como regra⁷, de cooperação e de persuasão, visando estimular um comportamento similarmente cooperativo por parte do regulado. Entretanto, falhando essa estratégia, observando-se abusos por parte do regulado, deve o regulador utilizar-se de ferramentas crescentemente punitivas, deixando claro que não irá tolerar o descumprimento das normas. De outro lado, caso perceba que tais medidas punitivas já exerceram seu papel e que o regulado está novamente disposto a cooperar, poderá então retornar a medidas menos rígidas. Como sintetizam Ayres e Braithwaite (1992, p. 27), “compliance is optimized by regulation that is contingently ferocious and forgiving”.

⁷ Diz-se “como regra” porque, em certos cenários, pode ser recomendável que a medida inicial pelo regulador seja mais dura. Robert Baldwin e Julia Black (2007, p. 6), por exemplo, apontam que “in some circumstances step by step escalation up the pyramid may not be appropriate. For example, where potentially catastrophic risks are being controlled it may not be feasible to enforce by escalating up the layers of the pyramid and the appropriate reaction may be immediate resort to the higher levels”.

Similarmente, pontuam Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge (2012, p. 262): “If, for example, research reveals that a particular problem is predominately being caused by firms that are ill-disposed to respond to advice, education, and persuasion, the optimal regulatory response will not be to start at the base of the enforcement pyramid—it will demand early intervention at a higher level. Whenever a group of regulatees is irrational or unresponsive to tit-for-tat approaches, the latter will tend to prove wasteful of resources. Similarly, an analysis of risk levels may militate in favour of early resort to higher levels of intervention (even where risks are non-catastrophic). The thrust of this argument is that, at least where the costs of analysis are low, it will be more efficient to ‘target’ responses than to proceed generally on a responsive regulation basis”.



Para viabilizar tal atuação, contudo, é necessário que o regulador disponha de um leque variado de remédios possíveis para combater eventuais infrações às normas por ele fiscalizadas, as quais deveriam ser organizadas de forma hierarquizada, em grau crescente de gravidade e intrusividade, mas decrescente em sua frequência de utilização. Dessa forma, o regulador demonstraria sua capacidade de endurecer (ou, eventualmente, relaxar) sua resposta regulatória de acordo com o grau de conformidade com as regras demonstrado pelos seus regulados.

Ademais, apontam os autores que, quanto mais alto o topo dessa “pirâmide de *enforcement*” (representado pela medida regulatória mais gravosa que poderia ser adotada pelo regulador), mais eficaz seria sua capacidade dissuasória, e menos provável seria a necessidade de utilização de tal medida (a *benign big gun*, ou o *big stick*):

The pyramid of enforcement idea suggests that the greater the heights of punitiveness to which an agency can escalate, the greater its capacity to push regulation down to the cooperative base of the pyramid. Graduated response up to draconian final solutions can make passive deterrence formidable (even if the final solution has never been used, as in nuclear deterrence) and can give active (escalated) deterrence room to maneuver. Thus, the theory would be that the successful pursuit of cooperative regulation is predicted by:

- 1. Use of a tit-for-tat strategy;*
- 2. Access to a hierarchical range of sanctions and a hierarchy of interventionism in regulatory style (the enforcement pyramids); and*
- 3. Height of the pyramid (the punitiveness of the most severe sanction). (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 40)*

Ao fim, concluem os autores que a conformidade será melhor alcançada quando os reguladores dispuserem de um conjunto diversificado de ferramentas a sua disposição, bem como quando souberem utilizá-las corretamente diante do cenário concreto em análise⁸. Assim, feita essa breve exposição da teoria da regulação responsiva, passa-se a analisar de que forma a Lei nº 13.506/2017 e a normatização interna do Bacen e da CVM se alinham com ela na disciplina dos processos administrativos sancionadores conduzidos por aqueles órgãos.

⁸ “[...] compliance is most likely when regulators (1) have access to an armory of deterrent and incapacitative weapons, and (2) when they avoid both the mistake of selecting a sledge hammer to swat a fly and selecting a fly swatter to stop a charging bull. Compliance is predicted by both the existence of an awesome armory and by the avoidance of clumsy deployment of it”. (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 52)

3 A RESPONSABILIDADE NA LEI Nº 13.506, DE 13 DE NOVEMBRO DE 2017, E NA NORMATIZAÇÃO INTERNA DO BACEN E DA CVM

Em 7 de junho de 2017, foi editada a Medida Provisória nº 784, a qual, dentre outros, dispunha sobre o processo administrativo sancionador nas esferas de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 1º). Segundo a exposição de motivos daquele ato normativo⁹, ele visava “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”, inserindo-se em um contexto de esforço contínuo do Governo Federal para robustecer o marco regulatório aplicável ao Sistema Financeiro Nacional (SFN).

Apontava-se, ainda, cinco objetivos que orientaram a reforma então proposta:

5. Nessa linha, cumpre salientar que a reforma ora proposta orientou-se pelos seguintes objetivos:

I - melhorar a efetividade do processo administrativo sancionador conduzido pelo BC e pela CVM, de modo a permitir a sua utilização como instrumento efetivo de supervisão;

II - ampliar as alternativas de aplicação de sanções e ações corretivas para lidar com os diversos tipos de irregularidades, inclusive infrações de menor potencial ofensivo;

III - criar condições para que o BC e a CVM obtenham resultados mais céleres e efetivos em suas ações de supervisão, com o conseqüente fortalecimento do potencial de dissuasão da prática de infrações;

IV - uniformizar os parâmetros utilizados para a aplicação de penalidades aos diversos segmentos fiscalizados pelo BC; e

V - aperfeiçoar os critérios de gradação e de aplicação de penalidades pelo BC.

Percebe-se da supracitada exposição de motivos, portanto, que a Medida Provisória nº 784/2017 voltava-se, em resumo, a otimizar as atividades de *enforcement* desempenhadas pelo Bacen e pela CVM. A medida, contudo, teve seu prazo de vigência encerrado no dia 19 de outubro daquele mesmo ano¹⁰, sem que houvesse sido convertida em lei pelo Congresso Nacional dentro do prazo estabelecido pela Constituição. Entretanto, antes mesmo da caducidade da norma, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.843/2017,

⁹ Exposição de Motivos Interministerial (EMI) nº 00008/2017 BACEN MF.

¹⁰ Conforme Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 56, de 2017.

o qual, ao final, resultou na edição da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, cujo conteúdo em muito se aproxima da referida Medida Provisória, também dispendo sobre o processo administrativo sancionador nas esferas de atuação do Bacen e da CVM (art. 1º).

Uma das principais inovações trazidas por esse diploma diz respeito à possibilidade de que o Bacen deixe de instaurar processo administrativo sancionador se considerada baixa a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma violada, utilizando-se de outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos diante do caso concreto em exame, em atenção aos princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência (art. 19).

Previsão similar também foi introduzida nas regras que disciplinam o processo administrativo sancionador na esfera de atuação da CVM, uma vez que a Lei nº 13.506/2017 alterou, por meio de seu art. 35, a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e que criou aquela Comissão. Assim, a nova redação dada ao seu art. 9º, § 4º passou a prever que, na apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, a CVM deverá priorizar as infrações de natureza grave, cujo sancionamento proporcione maior efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado, podendo, nesse sentido, deixar de instaurar o processo administrativo sancionador quando consideradas a pouca relevância da conduta, a baixa expressividade da lesão ao bem jurídico tutelado e a utilização de outros instrumentos e medidas de supervisão mais efetivos.

A Lei nº 13.506/2017 também prevê, em seu art. 11, a possibilidade de que o processo administrativo destinado à apuração de infrações deixe de ser instaurado ou seja suspenso pelo Bacen, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, pela assinatura de termo de compromisso pelo investigado, desde que não se esteja diante de infração considerada grave (art. 11, § 4º c/c art. 4º). Para tanto, exige-se que o investigado cesse a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos, corrija as irregularidades apontadas e indenize os prejuízos, e cumpra as demais condições que forem acordadas, com obrigatório recolhimento de contribuição pecuniária.

Nessa mesma linha, também se alterou o § 5º do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, igualmente prevendo, para a CVM, que ela poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o procedimento administrativo destinado à apuração de infração prevista nas normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a cessar a prática



de atividades ou atos considerados ilícitos e a corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

Destaca-se que, em ambos os casos, a celebração do termo de compromisso está sujeita a juízo de conveniência e oportunidade por parte daqueles órgãos, indicando as respectivas leis, ainda, que tal instrumento deverá ser adotado com vistas a atender ao interesse público.

Por outro lado, a Lei nº 13.506/2017 ampliou significativamente o limite do valor das multas aplicáveis pelo Bacen e pela CVM. Para aquele primeiro, o art. 7º passou a prever que tais sanções pecuniárias não excederão 0,5% (cinco décimos por cento) da receita de serviços e de produtos financeiros apurada no ano anterior ao da consumação da infração, ou, no caso de ilícito continuado, da consumação da última infração; ou, ainda, R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), o que for maior.

Já no âmbito da CVM, os tetos foram elevados para R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais); o dobro do valor da emissão ou da operação irregular; três vezes o montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência do ilícito; ou, ainda, o dobro do prejuízo causado aos investidores em decorrência do ilícito; também o que for maior, em conformidade com a nova redação do art. 11, § 1º, da Lei nº 6.385/1976.

Ademais, em suas disposições finais e transitórias, a Lei nº 13.506/2017 previu que “o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários editarão normas complementares ao disposto nesta Lei” (art. 70). Nesse sentido, tanto o Bacen quanto a CVM atualizaram, recentemente, suas respectivas normas que regulamentam os processos administrativos sancionadores por eles conduzidos, abordando, dentre outros, a possibilidade prevista em lei de não instauração desses processos.

Nessa linha, em sessão realizada em 19 de agosto de 2021, a Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil resolveu aprovar a Resolução BCB nº 131, de 20 de agosto de 2021, a qual consolida as normas sobre o rito do processo administrativo sancionador, a aplicação de penalidades, o termo de compromisso, as medidas acautelatórias, a multa cominatória e o acordo administrativo em processo de supervisão, previstos na Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, e os parâmetros para a aplicação das penalidades administrativas previstas na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

Logo em seu art. 3º, a norma esclarece as diretrizes a serem consideradas para que aquela autarquia deixe de instaurar processo administrativo sancionador:



Art. 3º O Banco Central do Brasil considerará as seguintes diretrizes para deixar de instaurar processo administrativo sancionador:

I - baixa lesão ao bem jurídico tutelado; e

II - efetividade e eficiência do instrumento ou da medida de supervisão alternativo utilizado tanto para o saneamento da irregularidade administrativa quanto para dissuasão da reincidência.

[...]

§ 2º O grau de lesão ao bem jurídico tutelado deverá ser verificado, no caso concreto, a partir da natureza, do alcance, da gravidade, da relevância e da reiteração da conduta irregular e da reincidência.

Vê-se que, no inciso I e na primeira parte do inciso II, a Resolução BCB nº 131/2021 apenas reitera, na essência, parâmetros que já constavam do art. 19, § 1º, da Lei nº 13.506/2017, qual sejam, a baixa lesão ao bem jurídico tutelado e a efetividade de outros instrumentos e medidas de supervisão. O § 2º do dispositivo, contudo, aprofunda o conceito de “lesão ao bem jurídico tutelado”, referenciando a natureza, o alcance, a gravidade, a relevância e a reiteração e a reincidência da conduta irregular. Ademais, a segunda parte do inciso II aponta para possíveis formas de mensuração da “efetividade e eficiência do instrumento ou da medida de supervisão alternativo utilizado”, na medida em que estes devem visar o saneamento da irregularidade administrativa e a dissuasão da reincidência.

Similares (ou mesmo maiores) avanços também podem ser observados no âmbito da CVM. Em reunião realizada em 11 de agosto de 2021, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários aprovou a Resolução CVM nº 45, de 31 de agosto de 2021, a qual dispõe sobre o rito dos procedimentos relativos à atuação sancionadora no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, e revoga as Instruções CVM nº 607, de 17 de junho de 2019, nº 613, de 30 de agosto de 2019, nº 624, de 13 de maio de 2020, e as Deliberações CVM nº 501, de 3 de março de 2006, nº 855, de 30 de abril de 2020, e nº 861, de 23 de julho de 2020.

Densificando a previsão legal de que aquela autarquia poderá deixar de instaurar o processo administrativo sancionador, consideradas a pouca relevância da conduta, a baixa expressividade da lesão ao bem jurídico tutelado e a utilização de outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos, assim estabelece a Resolução CVM nº 45/2021:

Art. 3º, Parágrafo único. Na apuração das infrações, a CVM deve priorizar aquelas de natureza grave, cuja cominação de penalidade proporcione maior efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado.

Art. 4º Considerando as informações obtidas na investigação das infrações administrativas, as superintendências podem:

I – deixar de lavrar termo de acusação nos casos em que concluírem:

[...]

b) pela pouca relevância da conduta, a baixa expressividade da ameaça ou da lesão ao bem jurídico tutelado e a possibilidade de utilização de outros instrumentos ou medidas de supervisão que julgarem mais efetivos;

[...]

§ 1º Na avaliação da relevância da conduta ou da expressividade da ameaça ou lesão ao bem jurídico, podem ser utilizados os seguintes parâmetros, dentre outros:

I – o grau de reprovabilidade ou da repercussão da conduta;

II – a expressividade de valores relacionados à conduta;

III – a expressividade de prejuízos causados a investidores e demais participantes do mercado;

IV – o impacto da conduta na credibilidade do mercado de capitais;

V – os antecedentes das pessoas envolvidas;

VI – a boa-fé das pessoas envolvidas;

VII – a regularização da suposta infração pelo administrado; e

VIII – o ressarcimento dos investidores lesados.

§ 2º Consideram-se instrumentos e medidas de supervisão, para os fins deste artigo, a expedição de ofício de alerta, a atuação prévia e coordenada de instituição autorreguladora, entre outros.

§ 3º A expedição de ofício de alerta à pessoa natural ou jurídica supervisionada, nos termos do § 2º, deve indicar claramente o desvio de conduta verificado e assinalar prazo razoável para a devida correção, se aplicável.

[...]

Primeiramente, é de se notar que o parágrafo único do art. 3º da resolução é reprodução quase literal da primeira parte do art. 9º, § 4º, da Lei nº 6.385/1976, em previsão que pré-datava as modificações introduzidas pela Lei nº 13.506/2017, estabelecendo que, na apuração de infrações, a CVM deverá priorizar aquelas de natureza grave, cuja cominação de penalidade proporcione maior efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado. Trata-se, a rigor, do reconhecimento dos custos do *enforcement* e de que, por mais hábil que seja o regulador, este não será capaz de identificar e reprimir todos os desvios cometidos por seus

regulados, ao menos sob um custo socialmente aceitável, de modo que os recursos escassos a ele disponibilizados devem ser alocados de forma a maximizar os benefícios para a sociedade¹¹.

Similarmente, o art. 4º, I, “b”, ao tratar da possibilidade de que as superintendências da CVM deixem de lavrar termo de acusação¹², utiliza-se de parâmetros muito similares aos previstos em lei, referindo-se à pouca relevância da conduta, à baixa expressividade da lesão ao bem jurídico tutelado (embora acrescente a possibilidade de que se trate apenas de ameaça ao bem jurídico, nos casos em que este não sofra efetivamente a lesão), e à possibilidade de utilização de outros instrumentos ou medidas de supervisão mais efetivos.

O grande avanço da Resolução CVM nº 45/2021 nesse aspecto, contudo, reside em seus §§ 1º a 3º. O § 1º traz uma lista exemplificativa de oito parâmetros que podem ser utilizados pela autarquia na avaliação da relevância da conduta ou da expressividade da ameaça ou lesão ao bem jurídico, ao passo que os §§ 2º e 3º apresentam exemplos concretos de instrumentos e medidas de supervisão alternativos à instauração do processo administrativo sancionador.

Observa-se, assim, que a Lei nº 13.506/2017, bem como a nova normatização interna do Bacen e da CVM sobre o processo administrativo sancionador, optaram por se afastar de uma concepção de que toda e qualquer infração deveria, necessariamente, levar à imposição de uma penalidade, apontando para a possibilidade de utilização de outros instrumentos não sancionatórios para endereçar o tratamento de infrações às normas fiscalizadas por aqueles órgãos.

Tal opção se encaixa, como visto anteriormente, em um modelo de regulação responsiva, eis que não só amplia o leque de ferramentas regulatórias que esses órgãos podem utilizar na busca de promover o cumprimento das normas por parte de seus regulados, como também indica que, na busca de uma maior eficiência para alcançar essa conformidade, é

¹¹ Conforme lecionam Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge (2012, p. 247): “It is not sensible for regulators to aim for perfect compliance or the complete elimination of a risk. This is because enforcement costs tend to escalate as targeted levels of compliance are raised, and a point will arrive where the costs of further enforcement are not justified by the gains. [...] In economic terms, the socially optimal level of enforcement occurs at the point where the extra costs of enforcement exceed the resulting additional benefits to society”.

Em linha similar, explica George Stigler (1970, pp. 526/527): “The goal of enforcement, let us assume, is to achieve that degree of compliance with the rule of prescribed (or proscribed) behavior that the society believes it can afford. There is one decisive reason why the society must forego ‘complete’ enforcement of the rule: enforcement is costly”.

¹² O termo de acusação, inserido na fase pré-sancionadora da Resolução CVM nº 45/2021 é documento lavrado pela superintendência competente quando essa considera que dispõe de elementos conclusivos quanto à autoria e à materialidade da irregularidade constatada, cf. art. 6º daquele diploma.

possível uma combinação de estratégias de punição e de persuasão, ainda que essas, a princípio, tenham sua aplicabilidade limitada àquelas infrações consideradas de menor gravidade.

Ademais, como salientado, alguns dos parâmetros a serem utilizados na avaliação da possibilidade de não instauração do processo administrativo sancionador pelo Bacen e pela CVM são a reiteração da conduta irregular e a reincidência (art. 3º, § 2º, da Resolução BCB nº 131/2021) e os antecedentes das pessoas envolvidas (art. 4º, § 1º, V, da Resolução CVM nº 45/2021). Dessa forma, extrai-se que o emprego daqueles instrumentos de caráter não sancionatório é voltado aos regulados que não se revelarem infratores contumazes, de modo que a eventual insuficiência de tais medidas para evitar a reiteração infracional levará a uma escalada na pirâmide de *enforcement*. Assim, tais mecanismos se inserem em uma estratégia de retaliação (ou reação) equivalente (*tit-for-tat*), na qual a ineficácia das ferramentas de persuasão levará o regulador à adoção de ferramentas punitivo-sancionatórias.

Por outro lado, a Lei nº 13.506/2017 também ampliou consideravelmente o valor máximo de multa que aqueles órgãos podem aplicar quando diante da prática de infrações, o que também pode ser compreendido sob a ótica da regulação responsiva. Isso porque, como anteriormente mencionado, referida teoria aponta que, quanto mais alto o topo da pirâmide de *enforcement* à disposição do regulador, maior será sua capacidade dissuasória. Assim, ainda que as multas não sejam as mais gravosas das sanções aplicáveis pelo Bacen e pela CVM¹³, a majoração desses limites se traduz em claro sinal aos regulados de que, caso não adequem suas condutas mediante a adoção de respostas regulatórias mais brandas, aqueles órgãos terão à sua disposição pesadas sanções pecuniárias enquanto escalam a referida pirâmide.

4 A NECESSÁRIA RELEITURA DO PODER-DEVER SANCIONADOR

Ao apontar as sanções como apenas uma dentre as possíveis ferramentas de que deve dispor o regulador para induzir a conformidade em seus regulados, a teoria da regulação responsiva traz subentendida uma compreensão de que essas referidas penalidades possuem um caráter instrumental. Em outras palavras, parte-se do pressuposto de que a aplicação de sanções

¹³ Cf., nesse sentido, os incisos do art. 5º da Lei nº 13.506/2017 e do art. 11 da Lei nº 6.385/1976 que trazem sanções consideradas “incapacitantes” do exercício de atividades reguladas.

não é um fim em si mesma, mas apenas uma das possíveis estratégias de que o Estado pode lançar mão para promover o cumprimento das normas pelos particulares.

Reconhecer o caráter instrumental da sanção e seu papel como ferramenta para a promoção dos objetivos finalísticos almejados pela norma cuja violação se pretende reprimir¹⁴ significa, por arrastamento, aceitar que, em cenários em que ela não seja o instrumento mais apto à concretização dessas finalidades, ela deverá ceder a outras ferramentas mais adequadas para tutela do interesse público no caso concreto. Veja-se, nessa linha, a lição de Alice Voronoff (2018, p. 106):

[...] 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 de gerar os incentivos corretos e os resultados esperados. 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) e como ferramenta institucional. [...]

Em sentido semelhante, comentando a inserção do § 16 no art. 37 da Constituição¹⁵, por meio da Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021, Márcio Iorio Aranha (2021, p. v) sustenta que “o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com um novo princípio constitucional da instrumentalidade das técnicas regulatórias”, o qual produziria reflexos inclusive na atividade sancionadora da Administração Pública. Explica o autor:

A nova norma constitucional determina a avaliação dos resultados e, por decorrência, ordena à administração pública que especifique quais são eles, ou seja, quais são os objetivos regulatórios que devem ser avaliados para que se comprove a utilização devida das instituições de direito administrativo. Uma sanção administrativa que não resulte em efetiva conformidade regulatória à política pública correspondente deve ser, portanto, substituída fundamentadamente por outras medidas de conformidade, providências administrativas ou estratégias regulatórias que resultem em melhor

¹⁴ Como pontua Alice Voronoff (2018, p. 104), “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”.

¹⁵ Art. 37, § 16. Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei.



índice de conformidade ou expectativa de um ambiente de contínua melhoria da prática regulatória; a aplicação de uma sanção desconectada do resultado esperado é expressamente inconstitucional. O princípio ínsito ao novo § 16 do art. 37 da Constituição Federal de 1988 já informava o ordenamento jurídico brasileiro por força da clássica instituição de direito público do desvio de finalidade, mas com a constitucionalização do comando normativo de avaliação de resultados de políticas públicas, ele é reforçado e esclarecido como princípio da instrumentalidade das técnicas regulatórias.

Assim, não se trata mais de uma opção do legislador ou do regulador infralegal aplicar modelagem regulatória pautada pela aferição diuturna da eficácia das medidas de conformidade de condutas reguladas, mas um dever constitucional de que se opte por técnicas regulatórias capazes de efetivamente atrair o regulado para uma conduta regular de conformidade, como resultado maior de qualquer atuação regulatória. Mesmo que as leis ou normas infralegais prevejam a aplicação de determinada sanção, ou mesmo de técnicas consensuais, se elas não corresponderem, de fato, aos resultados regulatórios esperados que, por óbvio, não podem ser o de arrecadação de uma multa ou de simpatia do regulador, o agente público que a aplica deve sustar o processo sancionatório, anular a sanção ou partir diretamente para ela em prol da medida de conformidade reputada adequada pela modelagem regulatória adotada. (ARANHA, 2021, p. 85)

Na realidade, tais entendimentos também encontram respaldo na eficiência, erigida a princípio determinante da atuação da Administração Pública após a alteração promovida no art. 37 da Constituição da República pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Abordando as possíveis interpretações conferidas a esse princípio em decorrência de sua natureza como conceito jurídico indeterminado e de sua textura semântica aberta, Juliana Bonacorsi de Palma (2015, pp. 121/122) assim esclarece:

O entendimento da eficiência como comando de otimização das decisões administrativas corresponde ao conceito mais difundido no direito administrativo brasileiro. Segundo essa orientação, a eficiência administrativa força o incremento da qualidade da decisão tomada pela Administração Pública, fazendo-a mais consentânea com o interesse público que visa a tutelar. Além da decisão administrativa propriamente dita, o princípio da eficiência, nos termos desta proposição, incidiria também sobre o exercício da competência administrativa pela Administração, ao requisitar a presença de elementos potencializadores de um procedimento mais célere e técnico, por exemplo.



Por fim, a última vertente do princípio da eficiência verificada nos textos acadêmicos aproxima a eficiência de uma obrigação de meio, pois considera a eficiência como o dever de escolha do meio mais adequado para determinar decisões eficientes ao caso concreto. Segundo essa perspectiva, a eficiência seria dotada de valor metodológico correspondente ao condicionamento das decisões administrativas à prévia ponderação dos meios à disposição da Administração Pública para satisfazer determinada finalidade de interesse público. A escolha do meio tanto incide sobre a seleção do instrumento jurídico a ser adotado para a satisfação das competências administrativas quanto sobre a conformação do instrumento eleito, especialmente sua intensidade. Desta forma, a decisão eficiente seria aquela cujos meios se mostrem os mais adequados, ou simplesmente adequados, para a promoção de determinada finalidade.

Veja-se que a Lei nº 13.506/2017, a Resolução BCB nº 131/2021 e a Resolução CVM nº 45/2021 apontam nesse mesmo sentido. Afinal, a possibilidade de que aqueles órgãos deixem de instaurar processo administrativo destinado à apuração de infrações se dá “com vistas a atender ao interesse público”, ou diante da maior efetividade de outros instrumentos e medidas de supervisão, observados, precisamente, os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência. Não se trata de todo, portanto, de tratar o interesse público como disponível, mas, no caminho oposto, buscar identificar a ferramenta regulatória mais adequada para promovê-lo no caso concreto, ainda que essa não seja a aplicação de uma sanção.

De todo o exposto, se evidencia a necessidade de releitura do exercício da função sancionatória da Administração Pública enquanto um poder-dever. Na realidade, percebe-se que, como exposto, a sanção é apenas um dos instrumentos de que dispõe o regulador na busca de promover a conformidade por parte do seus regulados. O que a indisponibilidade do interesse público induz é o dever de que o agente público fiscalize o cumprimento das normas e, quando diante da identificação de eventual irregularidade, se utilize da medida mais adequada para, face às peculiaridades do caso concreto, fazer cessar a infração ou seus efeitos, recompor as condições de eventuais prejudicados, e desestimular a reiteração da conduta, dentre outros possíveis objetivos.

Consequentemente, tal como preceitua a teoria da regulação responsiva, não se pode estabelecer, *a priori*, uma consequência automática para qualquer tipo de violação¹⁶. Pelo contrário, há de se averiguar, concretamente, qual ferramenta está mais bem capacitada para

¹⁶ Nas palavras de Braithwaite (2017, p. 118), “Responsive regulation requires us to challenge rulish presumptions that harmful conduct X mandates regulatory intervention Y”.



promover os objetivos regulatórios, o que poderá significar a aplicação de uma sanção, a adoção de instrumentos de persuasão, o recurso a técnicas de consensualidade etc. Novamente na lição de Juliana Bonacorsi de Palma (2015, pp. 146/147):

Dessa forma, a especialização do direito administrativo em subsistemas, a orientação metodológica do processo de tomada de decisão sobre o problema concreto e a atenção aos efeitos decorrentes do provimento final levam, segundo os teóricos da governança pública, à flexibilização do formalismo.

Respostas com contornos peculiares em atenção às peculiaridades do setor ao qual esteja contextualizada, e, principalmente, ao tipo de problema passam a ser preferidas às decisões rígidas e formais, uniformes para todos os subsistemas de direito administrativo. Tal preferência parte do pressuposto de que a flexibilidade propicia maior adaptabilidade da decisão às peculiaridades da situação concreta, isto é, às particularidades do cenário no qual se apresente e ao problema que busca solucionar. Provimentos desse jaez têm o potencial de serem mais efetivos diante do fato de que existe forte demanda por técnicas de gestão pública “criativas”, pois a flexibilização do formalismo permite modelar seus termos em conformidade com as necessidades concretas. Nessa medida, o ato administrativo típico da regulação dá lugar à atipicidade na governança.

Concluimos, portanto, que não mais se sustenta, no ordenamento jurídico pátrio, o entendimento de que, diante da prática de uma infração, haveria uma obrigação legal que determinasse ao agente público a impositiva aplicação de uma sanção. O poder-dever que lhe incumbe, na realidade, é o de acompanhar o cumprimento das normas cuja fiscalização lhe compete, e, face a eventuais desvios, escolher, dentre as ferramentas de *enforcement* que lhe são colocadas à disposição, aquela mais adequada para, diante do caso concreto, promover de forma eficiente o interesse público, induzindo a conformidade em seus regulados.

5 CONCLUSÃO

A Lei nº 13.506/2017 trouxe importantes avanços na disciplina dos processos administrativos destinados à apuração de infrações conduzidos pelo Bacen e pela CVM, sendo uma de suas mais relevantes inovações a possibilidade de que esses órgãos deixem de instaurar processo administrativo sancionador se considerada baixa a lesão ao bem jurídico tutelado. Nesses cenários, aponta aquele diploma legal para a utilização de outros instrumentos e medidas de supervisão que forem considerados mais efetivos pelos respectivos reguladores.



Tal previsão vai ao encontro da teoria da regulação responsiva, articulada por Ian Ayres e John Braithwaite, segundo a qual punição e persuasão não são estratégias antinômicas, mas sim complementares na busca de alcançar a conformidade por parte dos regulados. Dessa forma, conforme argumentam os autores, um sistema eficiente para assegurar o cumprimento de normas deve conter ferramentas em ambos esses campos, sem depender exclusivamente de apenas um deles.

Entretanto, ao entender as sanções como apenas uma dentre as possíveis ferramentas que devem estar à disposição do regulador, tal teoria traz subentendida uma compreensão de que elas possuem um caráter instrumental, não sendo um fim em si mesmas. Conseqüentemente, por reconhecer esse caráter instrumental das penalidades e seu papel como indutoras dos objetivos finalísticos almejados pela norma cuja violação se pretende reprimir, decorre que, em cenários em que elas não sejam o mecanismo mais apto à concretização de tais finalidades, deverão ceder a outras técnicas mais adequadas para tutela do interesse público no caso concreto. Tal concepção, portanto, se encontra em oposição ao tradicional entendimento de que a aplicação de penalidades a particulares quando constatada a prática de infrações não se encontraria sujeita a um juízo de discricionariedade quanto a seu efetivo exercício, tratando-se de um poder-dever que incumbiria ao agente público por força de leituras restritivas de princípios como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público e da legalidade estrita enquanto orientadora da atuação administrativa.

Face a esse aparente conflito, a conclusão a que chegamos neste artigo é de que tal interpretação do exercício da função sancionatória da Administração Pública enquanto um poder-dever precisa ser revista. De fato, o que a indisponibilidade do interesse público impõe é que o agente público fiscalize o cumprimento das normas e, identificando eventual irregularidade, se utilize da medida mais adequada para, diante das peculiaridades do caso concreto, fazer retornar o cenário de conformidade. Dessa forma, há de se averiguar, concretamente, qual ferramenta regulatória está mais bem capacitada para promover os objetivos regulatórios, não se podendo fazer esse juízo de forma apriorística.

Dessa forma, as inovações trazidas pela Lei nº 13.506/2017, apoiadas, em última análise, pelo princípio da eficiência que deve reger a atuação da Administração Pública, evidenciam a insustentabilidade, no atual ordenamento jurídico pátrio, do entendimento de que, diante da prática de uma infração, haveria uma obrigação legal que determinasse ao agente



público a impositiva aplicação de uma sanção. O agente público que de fato pretenda promover o respeito às normas pelos administrados deve ser capaz de escolher, dentre os instrumentos colocados à sua disposição, aquele que, de forma eficaz, possa levar à concretização dos objetivos por elas almejados, seja ele sancionatório ou não.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**: Fundamentos de Direito Regulatório. 6. ed. rev. ampl. Londres: Laccademia Publishing, 2021.

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

BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Really responsive regulation*. **Law, Society and Economy Working Paper Series**, Londres, paper n. 15/2007, dez. 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1033322>. Acesso em: 07 jan. 2022.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BRAITHWAITE, John. *To punish or persuade: enforcement of coal mine safety*. Estados Unidos: State University of New York Press, 1985.

_____. *Types of responsiveness*. In: DRAHOS, Peter (org.). *Regulatory theory: foundations and applications*. Australia: Australian National University Press, 2017, p. 117-132.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. **Manual de Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas**. Brasília/DF, 2018. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/44487>. Acesso em: 07 jan. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União. **Manual de Sanções Administrativas do TCU**. Brasília/DF, 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/manual-de-sancoes-administrativas-do-tcu.htm>. Acesso em: 07 jan. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.121/2017. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 27/09/2017. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 out. 2017.

GUNNINGHAM, Neil. *Enforcement and compliance strategies*. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Eds.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 120-145.



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

STIGLER, George J. *The optimum enforcement of laws*. *Journal of Political Economy*, Vol. 78, No. 3, 1970, p. 526-536.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

